

A Supportive Approach to Third-Party Financing in Arbitration International Investment

Seyed Sadegh Ebrahimi¹

*PhD student in Public International
Law, Zanjan Branch*

Dr peyman bolori²

*Assistant Professor of International Law,
Islamic Azad University, Zanjan Branch*

Dr mohammad ali solh chi³

*Associate Professor, Department of
Public International Law, Allameh
Tabatabai University, Tehran*

Dr mohammad bagher ghorbanvand⁴

*Assistant Professor of Law, Islamic Azad
University, Zanjan Branch*

Received 2021/12/31

Accepted 2022/06/18

ABSTRACT

The TPF funder is an investor in a monetary claim lodged before a court or arbitral tribunal. By involving a TPF funder, a claimant may attract the necessary resources and expertise in litigating or arbitrating the claim. In return, the TPF funder is promised a part of the proceeds if the claim is successful. If the claim fails, the TPF funder, rather than the claimant, bears the expenses involved in the litigation or arbitration

Against this background, this report posits that cost-shifting rules in investment arbitration could be made more predictable by introducing standardization in the assessment of such costs and a system of advance deposits for potential cost orders

1- ebrahimi8171@gmail.com

2- Bolori.p@gmail.com

3- solhchi@yahoo.com

4- studeys@yahoo.com

INTRODUCTION

Investment arbitration is a peculiar mixture of features from classical commercial arbitration, public (international) adjudication, and domestic court procedure. Generally, investment arbitration involves a sovereign host state (the recipient of international investment), which is the respondent in the arbitration procedure. Typically, the claimant is a foreign private investor who challenges acts and measures of the sovereign that somehow detrimented the investor's interests (for example, nationalization and expropriation). The object of the investor's claim is mostly obtaining compensatory damages for harm caused by the state's alleged breach of the applicable standards of review.

In investment arbitration, the jurisdictional basis may be different. It tends to be based in the underlying investment treaty. Depending on the specific treaty at hand, the investor may state a claim pursuant to the UNCITRAL rules, ICSID rules, ICSID Additional Facility Rules or a generic ad-hoc arbitration structure. In typical operation for various BITs, the recipient state generally consents generally in advance to compulsory dispute arbitration with foreign investors as a group, rather than as a specific and nominated counterpart. In investment arbitration, the jurisdictional basis may be different. It tends to be based in the underlying investment treaty. Depending on the specific treaty at hand, the investor may state a claim pursuant to the UNCITRAL rules, ICSID rules, ICSID Additional Facility Rules or a generic ad-hoc arbitration structure. In typical operation for various BITs, the recipient state generally consents generally in advance to compulsory dispute arbitration with foreign investors as a group, rather than as a specific and nominated counterpart.

a third-party funder includes any person or entity who provides monetary support to a party involved in an actual or potential dispute, with a view to obtaining a return on the original monetary investment.¹ Third-party funding can be, and is, provided in all types of disputes across many different jurisdictions. Yet, despite its prevalence, there is currently no provision in arbitration institutional rules explicitly defining third-party funding.

The first entity to promulgate guidelines regarding third-party funding was the IBA in its Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, last revised in 2014.⁶ The IBA centers its definition of a third-party funder on the funder's "direct economic interest in the award... in addition, the IBA guidelines also place a duty on parties to disclose the identity of their third-party funder to the arbitral tribunal.

PURPOSE

Third-party funding has gained increased visibility and understanding globally as evidenced through on the one hand the growing tolerance of its use by courts and tribunals across different jurisdictions and through the enactment of legislation on the other. Such regulation is applicable in international arbitration to the extent that the seat of arbitration chooses to apply its domestic laws to international arbitrations seated there like in Hong Kong and Singapore. In addition it is possible that a domestic court deciding whether to recognize, confirm, enforce or vacate an international arbitration award may apply its own laws on third-party funding to enforce its domestic public policy in accordance with Article V of the New York Convention.

These types of investments can be made to support any or all of the jurisdiction, merits or enforcement phases of an award providing flexibility to both a claimant and the third-party funder. This investment is made on a nonrecourse basis meaning that the claimant has no obligation to reimburse the third-party funder if the claim is unsuccessful.

METHODOLOGY

This study is applied in terms of purpose and descriptive-analytical in terms of methodology and nature. The necessary data and statistics were collected by library method.

FINDING

Concerning the rules on shifting legal costs of the prevailing party, in

default of choice the law of the seat of the arbitration (*lex arbitri*) is decisive.⁸⁰ In European commercial arbitration, the English rule (also known as the “costs follow the event” rule⁸¹)

This is a full shift on an indemnity basis of both the prevailing party solicitors’ and arbitrators’ legal fees. In more diluted forms, in ordinary court procedure in some jurisdictions (such as Germany), the costs of the prevailing party are shifted to the losing party according to a fixed tariff and/or a percentage proportional to the claim

By contrast, the U.S. commercial arbitration system tends to build on the “American rule,” meaning that every party bears its own legal costs, although parties may agree otherwise. Likewise, public international law litigation resembles the American rule. In conclusion, the models for cost shifting can be summarized as follows:

- English rule Loser pays both own expenses and all costs of the opponent, insofar as these adverse costs are deemed reasonable by the arbitral tribunal
- American rule Each party bears own costs
- German rule Loser pays both own costs and those of the opponent, according to a fixed tariff and/or a fixed percentage, proportional to the claim

No such predictability exists. In international investment arbitration, the English and the American rules are used alternately. A definite trend favoring one or the other has not yet emerged.

CONCLUSION

Recent developments and changes in domestic regulations continue to bring third – party funding to the forefront of international arbitration’ generally’and investment arbitration’ in particular. Third – party funding has graduated from a new funding mechanism to a widespread financing tool used in international arbitration. Third party funding of claimants in investment arbitration brings to light challenges inherent in the design of the investment arbitration system that will soon need to be addressed.

Although there is little empirical data on the behavioral implications of TPF involvement, there is a strand of research on the behavioral influence of various remuneration methods in civil litigation. Based on available

empirical research, these influences of the TPF arrangement on the behavior of the involved parties seem plausible: A TPF funder will be (more) likely to

- Emph A TPF funder will be (more) likely to
- Emphasize the risk of (partially) losing the case or not fully disclosing the chances of success
- Merely take on highly meritorious claims
- Prefer to take on higher-value cases, and therefore perform a focused risk assessment in accepting the claimant's case by optimizing due-diligence efforts to minimize adverse selection and moral hazard,
- gaining access to information held by the claimant essential for the assessment of the viability of the claim, and avoiding mistakes by inserting clauses in the TPF contract shifting associated risks of withheld information to the claimant
- Try to keep the TPF arrangement undisclosed and confidential if there is uncertainty of the effect of disclosure on the court/arbitrators decision concerning both substantive issues such as quantum of damages, causation, contributory negligence, and procedural issues such as cost-shifting orders
- Want to control the litigation strategy if it feels that either claimant or their counsel is not applying an appropriate strategy
- Monitor and control cost of legal counsel (probably strongest under the American rule, slightly less strong under the German rule, and weakest under the English rule)

Claimant will be (more) likely to

- Weigh costs and benefits of litigation more consciously before deciding to take out a TPF
- Have incentive not to disclose to the funder information that would diminish the chances of acceptance of the case

Respondent will be (more) likely to

- Settle with claimant for a higher amount if they know the claimant has resources to pursue litigation (TPF as leverage)
- Try to establish if there are inappropriate liaisons between the TPF and the arbitrators in order to challenge the latter

Reference

- [1] Aren Goldsmith & Lorenzo Melchionda, The ICC's Guidance Note on Disclosure and Third - Party Funding: A Step in the Right Direction (2016), <http://kluwerarbitrationblog.com> (2016) the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction.
- [2] Biloune & Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Inv. Center & Gov't

- of Ghana, UNCITRAL Arbitration Proceeding, Award of Damages and Costs (1990), pp. 211- 223.
- [3] Brabandere & Lepeltak, *supra* note 76, (2012). p 379.
- [4] CAMPAIGN FOR TOBACCO - FREE KIDS, INTERNATIONAL:
[http: // global tobaccofreekids.org/en/about_us/trade_litigation_fund/](http://global.tobaccofreekids.org/en/about_us/trade_litigation_fund/);
Sabrina Tavernise, New Global Fund to Help Countries Defend Smoking Laws, N.Y. TIMES (2015).
- [5] Campbell McLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration - Substantive Principles*, Oxford: Oxford University Press (2007).
- [6] Eric De Brabandere & Julia Lepeltak, Third - Party Funding in International Investment Arbitration. (2012). P 379- 382
- [7] EU Vietnam FTA, Ch. 8. Ch. 11. V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB / 12/6, Procedural Order No. 3 (2015) .pp 2, 11.
- [8] Free Trade Agreement between the European Union and the Socialist Republic of Vietnam [hereinafter EU - Vietnam FTA], Ch. 8, Ch. 11 (2016).
- [9] Honlet, *supra* note 44, (2015) p 708.
- [10] IBA Guidelines on Conflicts of Interest, 13-4 (General Standard 6 (b), commentary (b)), 15-6 (General Standard 7 (a), commentary (a)).
- [11] ICC Commission on Arbitration and Alternative Dispute Resolution, Commission Report: Decisions on Costs in International Arbitration (2015). <https://iccwbo.org/publication/decisions-on-costs-in-international-arbitration-icc-arbitration-and-adr-commission-report/>.
- [12] International bar Association, Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, (2014). Pp5-14
- [13] International Court of Arbitration, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration Under the ICC Rules of Arbitration 24 (Mar. 1, 2017), [https: //cdn.iccwbo .org / content / uploads / sites / 3 / 2017/03 / ICC - Note - to - Parties - and - Arbitral - Tribunals - on the - Conduct - of - Arbitration.pdf](https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration.pdf)
- [14] J.H. McLaughlin, 'Litigation Funding: Charting a Legal and Ethical Course', 31 *Vt. L.Rev.* (2007).

- [15]Jean - Christophe Honlet, Recent decisions on third - party funding in investment arbitration, (2015).p30.
- [16]John Y. Gotanda, 'Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations', 21 *Michigan Journal of International Law* (1999).
- [17]Jonas von Goeler, case X v. Y and Z (2012), p126, 2 LE CAHIERS DE L'ARBITRAGE (2013).pp 399 -416
- [18]Katia Yannaca-Small, *Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues*, New York: Oxford University Press (2010).
- [19]Kilim Inset Inhalant Hirkata Sanai ve Ticaret Anonim Şirketi v Turkmenistan, ICSID Case No. ARB / 10/1, (2013).
- [20]Michael R. Bloomberg and Matthew L. Myers, http://www.tobaccofreekids.org/press_releases/post/2016_07_08_uruguay. (2016)
- [21]Muhammad Capl &”Sehil İnşaat Industry and Trade Ltd. Sti. V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB / 12/6, Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction under Article VII (2) of the Turkey Turkmenistan Bilateral Investment Treaty, 50 (2014) (quoting Procedural Order No. 2, (2015). p 10.
- [22]Muhammet Çap & Sehil İnşaat Industri ve Ticaret Ltd. Sti. V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB / 12/6, (2015).P2.
- [23]Oxus Gold; Republic of Uzbekistan, UNCITRAL Arbitration Proceeding, Final Award (2015).
- [24]Philip Morris Brands Sàrl et al. V. Oriental Republic of Uruguay.
- [25]Pricewaterhouse Coopers, International Arbitration damages research: Closing the gap between claimants and respondents (2015), <https://www.pwc.com/sg/en>
- [26]Quasar de Valores SICAV S.A. et al. v. Russian Federation, (2012).
- [27]Quasar de Valores SICAV SA.et al. V. The Russian Federation, SCC Arbitration No.24/2007, Award of (20July 2012).
- [28]ROGERS, James. CIETAC Hong Kong consults on draft guidelines on Third-Party Funding. *KluwerArbitration* [online]. © (2018) Kluwer

- Law International, a Wolters Kluwer Company, published 13 August (2016), [cit. 5. 5. 2018]. Available at: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/08/13/cietac-hong-kong-consulton-draftguidelinesonthirdpartyfunding/?_ga=2.194759534.2%E2%80%A6
- [29] Rupert Jackson, *Review of Civil Litigation Costs - Preliminary Report*, London: (2009).
- [30] S & T Oil Equipment & Machinery, Ltd. Et et al. v. Juridica Inv. Ltd. et al. , (2012) p 481.
- [31] South Am. Silver Ltd. Plurinational of Bolivia, PCA Case No. 15. (2013) Claimant's Opposition to Bolivia's Request for Cautio Judicatum Solvi and Disclosure of Information. (2015). pp 38- 40
- [32] Transatlantic Trade and Investment Partnership, European Commission proposed draft, ch. 11, pp 1- 8 (2015).
- [33] VON GOELER, JONAS; THIRD - PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION AND ITS IMPACT ON PROCEDURE, (2016), p127.



رویکرد حمایتی تأمین مالی شخص ثالث در داوری سرمایه گذاری بین المللی

سید صادق ابراهیمی^۱

دانشجوی دکتری حقوق بین الملل عمومی واحد زنجان

دکتر پیمان بلوری^۲

استادیار گروه حقوق بین الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد
زنجان

دکتر محمدعلی صلح چی^۳

دانشیار گروه حقوق بین الملل عمومی دانشگاه علامه
طباطبایی، تهران

دکتر محمدباقر قربانوند^۴

دانشیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد زنجان

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۱۰

چکیده

سرمایه گذار شخص ثالث کسی است که روی یک دعوی مالی در یک دادگاه یا حوزه داوری سرمایه گذاری می کند. با مشارکت سرمایه گذار شخص ثالث، مدعی می تواند از منابع و نیروی متخصص لازم برای پیگیری ادعای خود و شرکت در مرافعه یا داوری بهره مند شود و در عوض، سرمایه گذار در صورت موفقیت آمیز بودن ادعای خویش، بخشی از مبلغ خسارت را به دست خواهد آورد. مقاله پیش رو با استناد بر روش توصیفی تحلیلی اهمیت سرمایه گذاری شخص ثالث در سرمایه گذاری بین المللی را ارزیابی و مشخص می کند، مشارکت سرمایه گذار شخص ثالث نباید ضرر و خسارتی بر اقدامات داوری و یا

*- نوع مقاله: پژوهشی

1- ebrahimi8171@gmail.com

۲- نویسنده مسئول: Bolori.p@gmail.com

3- solhchi@yahoo.com

4- studeys@yahoo.com

موقعیت مدعی علیه وارد کند. در نهایت، وضع کنونی مقررات، دامنه افشاگری قراردادها، رسیدگی به سرمایه‌گذاری شخص ثالث توسط دادگاه‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری، تأثیر منابع مالی بر امنیت هزینه‌ها و برآوردهای مبالغ، و تأثیر سرمایه‌گذار شخص ثالث بر حل و فصل اختلافات، از موضوعاتی هستند که بررسی شده است.

کلیدواژه‌ها: سرمایه‌گذار شخص ثالث، داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، افشاگری، هزینه.

طبقه‌بندی EIJ: k33, k41, k4

۱. مقدمه

داوری سرمایه‌گذاری آمیزه‌ای از ویژگی‌های داوری تجاری کلاسیک، قضاوت بین‌المللی، و روند دادگاه داخلی را دارد. به‌طور کلی داوری سرمایه‌گذاری شامل دو طرف می‌شود: طرف پاسخگو یعنی دولت میزبان مستقل که (دریافت‌کننده سرمایه‌گذاری بین‌المللی) است، و مدعی یعنی سرمایه‌گذار خصوصی خارجی است که اقدامات و اعمال مستقلی را که به‌نوعی موجب ضرر و زیان به منافع تأمین‌کننده مالی می‌شود، رد می‌کند (مثل ملی شدن و سلب مالکیت). هدف از ادعای تأمین مالی در درجه اول کسب خسارت برای آسیب‌های ناشی از نقض تخلفات ادعا بر اثر نقض استانداردهای بررسی توسط دولت پاسخگو است.

در داوری سرمایه‌گذاری، مبنای حوزه قضایی ممکن است چیز دیگری باشد و معمولاً مبتنی بر معاهده سرمایه‌گذاری پایه است. بسته به معاهده خاص حاضر، سرمایه‌گذار ممکن است ادعایی مطابق با قوانین کمیسیون حقوق تجارت سازمان ملل متحد (UNCITRAL)، و یا قوانین مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ICSID) و یا یک نوع خاص از ساختار داوری موردی را مطرح کند. در مورد اکثر قراردادهای سرمایه‌گذاری دوجانبه (BIT)، دولت پاسخگو معمولاً به‌طور کلی و پیش از اجرای داوری اجباری، از شرکت در آن به‌عنوان طرف پاسخگو به سرمایه‌گذاران خارجی به‌عنوان یک گروه، و نه به‌عنوان یک رقیب مشخص، رضایت خود را اعلام می‌کند (یک نظریه جایگزین معتقد است که ترکیبی از رضایت کتبی قبلی دولت در معاهده (BIT) و رضایت کتبی سرمایه‌گذار در درخواست داوری، مبنای صلاحیت قضایی را فراهم می‌کند). «بنابراین انتخاب گزینه داوری برای هر شخص حقیقی و حقوقی که شرایط و ضوابط را رعایت کند ممکن است. در نتیجه پای طبقه گسترده‌ای از مدعیان بالقوه که هویت آن‌ها

در زمان توافق دولت شناخته نبود، به سیستم باز می‌شود.» (Herten 2007: 63)

۲. ویژگی‌های اصلی سرمایه‌گذار شخص ثالث در داوری سرمایه‌گذاری

سرمایه‌گذار شخص ثالث شامل هر شخص یا نهادی است که از طرفی که درگیر یک اختلاف حقیقی یا حقوقی است، پشتیبانی و حمایت می‌کند.

۱- سرمایه‌گذار شخص ثالث قادر است در انواع اختلافات در حوزه‌های قضایی مختلف حضور و آن را پشتیبانی کند.

۲- در حال حاضر، هیچ قانونی در قوانین سازمان داوری وجود ندارد که صریحاً سرمایه‌گذار شخص ثالث را تعریف کند. (Goldsmith et al: 2016)

مناظره‌هایی که توسط شورای بین‌المللی داوری تجاری و دانشگاه Queen Marry لندن برگزار شد، تصمیم گرفته شد کارگروه مشترکی تشکیل شود تا مشکل ارائه یک تعریف جامع از سرمایه‌گذار شخص ثالث را بررسی کند. نه تنها مراجع قضایی مختلف رویکردهای مختلف و درک متفاوتی از سرمایه‌گذار شخص ثالث دارند، بلکه نهادها، شامل کانون وکلای بین‌المللی (IBA)،^۱ اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC)، سازمان داوری^۲ و حل اختلاف و دادگاه داوری^۳، نیز تعاریفی را انتخاب کرده‌اند که تفاوت‌های کوچکی با هم دارند.

اولین نهادی که قوانین مربوط به سرمایه‌گذار شخص ثالث را منتشر کرد، کانون وکلای بین‌المللی بود؛ این قوانین در تضاد با منافع سازمان داوری بین‌المللی بود، که آخرین بار در سال

۱- انجمن بین‌المللی وکلای دادگستری.

۲- کمیسیون ICC در داوری و حل و فصل اختلافات جایگزین.

۳- کمیسیون ICC در داوری و حل و فصل اختلافات جایگزین، نهاد قانونگذاری و تحقیق ICC در زمینه حل و فصل اختلافات بین‌المللی است. انجمن جهانی متشکل از بیش از ۶۹۰ عضو از کشورهای مختلف است و شامل وکلا، مشاوران داخلی، داوران، میانجیگران، اساتید حقوق و کارشناسان در زمینه‌های مختلف حل اختلاف است. این کمیسیون به چگونگی تأثیر رویه‌ها، سیاست‌ها و تحولات قانونی جدید بر داوری بین‌المللی و سایر خدمات حل اختلاف می‌پردازد. کمیسیون همچنین مسئول تدوین و بازنگری قوانین و بندهای حل اختلاف ICC است. دیوان بین‌المللی داوری ICC نظارت قضایی بر رویه‌های داوری اعمال می‌کند. هدف آن اطمینان از اجرای صحیح قوانین ICC و همچنین کمک به طرفین و داوران در غلبه بر موانع رویه‌ای است. این تلاش‌ها توسط دبیرخانه دیوان حمایت می‌شود.

۲۰۱۴ اصلاح شد.^۱ کانون وکلای بین‌المللی تعریف خود از سرمایه‌گذار شخص ثالث را به علاقه سرمایه‌گذاران بر سرمایه‌گذاری روی حکم (رأی)، متمرکز کرده است. مقررات کانون وکلای بین‌المللی، طرفین را موظف می‌کند که هویت سرمایه‌گذار شخص ثالث را فاش کنند. در سال ۲۰۱۵ دومین نهادی که قوانین را تصریح کرد، سازمان داوری بود، که گزارشی تحت عنوان (تصمیمات در مورد هزینه‌های داوری بین‌المللی) منتشر کرد.^۲ این اصلاحیه سرمایه‌گذار شخص ثالث را به‌عنوان یک طرف مستقل تعریف می‌کند که بخشی از بودجه یا کل هزینه‌های یک طرف (معمولاً طرف شاکی و مدعی) از داوری را تأمین می‌کند، که معمولاً در صورت موفقیت در این داوری، هزینه‌ای را برای این موفقیت دریافت می‌کند. در این گزارش آمده است، این احتمال وجود دارد، اگر طرف مقابل که تأمین مالی نشده است، نتواند هزینه‌ها را جبران کند و در این پرونده پیروز شود؛ دادگاه در صورت لزوم می‌تواند دستور افشای اطلاعات را صادر کند.^۳ طبق ابلاغ سازمان داوری و تحت قوانین اتاق بازرگانی بین‌المللی، در مورد داوری بیان می‌کند که سرمایه‌گذار شخص ثالث، نهادی است که دارای منافع اقتصادی مستقیم در یک قرارداد است، که در حکم دادگاه، خسارت‌های مالی یک طرف را جبران می‌کند.^۴

۲-۱ انواع اسناد در سرمایه‌گذاری شخص ثالث

اسناد سرمایه‌گذاری شخص ثالث در حقوق بین‌الملل، به سندی اطلاق می‌شود که معمولاً متضمن مقررات مربوط به چگونگی اجرای یک موافقت‌نامه بین‌المللی یا برقراری یک نظام موقتی است. در سال‌های اخیر، سرمایه‌گذاران شخص ثالث در حال توسعه اسناد جدید و خدمات مالی نوآورانه برای همگام شدن با نیازهای روز افزون مشتریان خود و تغییر چهره داوری و حکمیت

۱- دستورالعمل IBA در مورد تضاد منافع.

۲- گزارش کمیسیون ICC

۳- بررسی جهانی قوانین مربوط به افشای بودجه شخص ثالث.

۴- رجوع کنید به:

هستند. به‌طور کلی، متداول‌ترین انواع معاملات عبارتند از:

- سرمایه‌گذاری ثابت
- درآمدزایی از یک حکم
- سرمایه‌گذاری بر پایه اوراق بهادار

۱-۱-۲ سرمایه‌گذاری ثابت

یک سرمایه‌گذاری ثابت توسط سرمایه‌گذار شخص ثالث، شامل مقدار قابل توجهی از وجوه سرمایه‌گذاری شده است، و به‌طور معمول با عنوان (مبلغ تخصیص یافته سرمایه‌گذار) تعریف می‌شود؛ زمانی که پرونده موفقیت‌آمیز باشد، مبلغ تخصیص یافته سرمایه‌گذار به همراه درصدی از سود آن مبلغ باید باز پرداخت شود.^۱ این نوع سرمایه‌گذاری، همچنین می‌تواند به شکل خرید سهام در شرکت طرف مدعی باشد.^۲ مبالغ ارائه شده، می‌تواند برای مقاصدی فراتر از تأمین هزینه‌های داوری، استفاده شود؛ برای مثال، برای فعال نگه‌داشتن شرکت طرف طلبکار در طول مدت داوری، بازپرداخت مدعیان، یا تأمین مالی طرف دیگر معامله، از این روش سرمایه‌گذاری استفاده کرد. همچنین این نوع از سرمایه‌گذاری، می‌تواند برای حمایت از حوزه‌های قضایی، مراحل اجرای صدور حکم، اعتدال هر دو طرف معامله، و سرمایه‌گذار شخص ثالث انجام شود. این نوع سرمایه‌گذاری به صورت غیرقابل بازگشت انجام می‌شود، این بدین معناست که در صورت عدم موفقیت‌آمیز بودن حکم، طرف مدعی معامله هیچ تعهدی در قبال بازپرداخت به سرمایه‌گذار شخص ثالث ندارد.

۱- رجوع کنید به:

For example, the dissenting opinion of Dr. Kamal Hossain in *Teinver v. Argentina* sets out the terms of the funding agreement between the claimants and Burford Capital Limited. From any compensation paid to claimant, Burford Capital Limited would be entitled to receive "40% of the first \$ 100 million [,] 30% of the net recovery amount between \$ 100 million and \$ 500 million [,] 25% of the net recovery amount between \$ 500 million and \$ 800 million [, and] 15% of the net recovery amount above \$ 800 million. "See *Teinver SA et al. V. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB / 09/1, Dissenting Opinion of Kamal Hossain, 20 (2017).

2- See, e.g., Press Release, Eco Oro Minerals Corp., Eco Oro Minerals Announces Investment by Tenor Capital (July 22, 2016), <http://www.eco-oro.com/s/NewsReleases.asp?ReportID=756943>. See also Sebastian Perry, Claimant sells securities linked to ICSID Award, *GLOBAL ARB. REV.* (Oct. 28, 2011).

۲-۱-۲ درآمدزایی از یک حکم

اگر مطالبه موفقیت آمیز باشد و حکم صادر شود، مدعی ممکن است به دنبال فروش یا کسب درآمد از طریق آن حکم باشد.^۱ این ساختار معاملاتی، به خصوص در مواردی ناکارآمد است که مدعی سالها منتظر مانده است تا به یک نتیجه مطلوب برسد و از زمان طولانی داوری متضرر شده است. درآمدزایی به مدعی این امکان را می دهد تا بدون ریسک پذیری در اجرای قانون و یا کنار گذاشتن روند داوری، از مزایای صدور حکم زود هنگام بهره مند شود. اگرچه مقداری از ارزش حکم کم می شود، مدعیان داوری، ممکن است که بتوانند در مدت زمان کوتاهی ارزش سود سرمایه خود را به دست آورند؛ نه اینکه پس از صدور حکم دادگاه منتظر بازپرداخت از طرف دیگر معامله باشند.

۲-۱-۳ سرمایه گذاری بر پایه اوراق بهادار

سرمایه گذاری بر پایه اوراق بهادار شرایط جذاب و منعطفی را برای مشاغل و تیم های حقوقی شرکت ها فراهم می کند، تا ریسک ها و هزینه های اضافی در دامنه وسیعی از مشکلات حقوقی کاهش پیدا کند. ساختارهای معاملاتی دامنه وسیعی را شامل می شود اما تأمین مالی داوری برای طرف مدعی و ریسک پذیری سرمایه گذار شخص ثالث در میان چندین داوری، از اصلی ترین آن ها است. امکان سرمایه گذاری بر پایه اوراق بهادار در اختیار دفاتر حقوقی است تا بتوانند در

۱- بیانیه مطبوعاتی، Owens - Illinois - (۲۰۱۷)، با بیان اینکه "یکی از شرکت های تابعه اروپایی حق، عنوان و سود خود را به مبلغ به شخص ثالث فروخته است. با توجه به رأی داوری خود علیه ونزویلا، شرکت فرعی مبلغ ۱۱۵ میلیون دلار را به صورت نقدی دریافت کرده و بسته به بازپس گیری رأی، پتانسیل صعودی کمی را حفظ می کند. در صورتی که رأی به طور جزئی یا کامل باطل شود، شرکت فرعی ممکن است باطل شود. و ملزم به بازپرداخت تا سقف کل مبلغ پرداختی نقدی به شخص ثالث است.

See, e.g., Press Release, Owens - Illinois, Inc., 01 - Reports Second Quarter 2017 Results (2017), <http://www.oi.com/Newsroom/O-1-REPORTS-SECOND-QUARTER-2017-RESULTS>: -Continued - strong - business - performance - and- favorable - non - operational tailwinds - drive - 2017 - earnings - guidance - higher / (stating "a European subsidiary of the Company sold to a third party its right, title and interest in amounts due under its arbitration award against Venezuela. Consideration, the subsidiary received a cash payment of \$ 115 million, and retains a modest potential upside depending upon recovery of the award. In the event the award is partially or completely annulled, the subsidiary may be required to repay up to the entire amount of the cash payment to the third party. ").

زمانی که ریسک اسناد مشروط و امور پر خطر را پذیرفته‌اند؛ مجموعه‌ای از داوری‌ها را تأمین مالی کنند، یا ریسک کاهش مجموع دارایی به صورت اوراق بهادار را کاهش بدهند.^۱ در این نوع اسناد، هزینه‌ای به دفاتر حقوقی پرداخت نمی‌شود، یا درصد کمتری از حق الزحمه و کارمزد به آن‌ها پرداخت می‌شود؛ اما زمانی که حکم موفقیت‌آمیز باشد، در این صورت ممکن است که آن‌ها بتوانند هزینه‌ای را از مشتری خود دریافت کنند.

۲-۲ فرایند به دست آوردن سرمایه در داوری سرمایه‌گذاری

فرایند سرمایه‌گذاری شخص ثالث نسبتاً آسان است. یک مدعی، به طور مستقیم، یا از طریق مشاور خود یا یک واسطه معاملاتی، با امید تأمین مالی، اگر یک سرمایه‌گذار شخص ثالث درخواست می‌کند. این فرایند می‌تواند در هر مرحله از داوری یا قبل از ارسال شکایت اتفاق بیافتد.

اولین قدم برای هر دو طرف معامله این است که سند عدم افشای قرارداد را امضا کنند. از ملزومات این نوع سند این است که اطمینان حاصل شود که امتیاز منافع مشترک هر دو طرف معامله حفظ شود. در بعضی از حوزه‌های قضایی، تضمین می‌شود که هیچ‌گونه چشم‌پوشی صرف نظر از امتیاز وکیل مشتری یا پرداخت دستمزد به وکیل داده نمی‌شود. پس از ثبت سند، دو طرف آزاد هستند در مورد وسعت، پیچیدگی و ارزش پرونده بحث کنند.

سپس، مدعی، مشاور آن، یا واسطه شخص ثالث، یک پرونده تجاری با سرمایه‌گذار شخص ثالث منعقد می‌کند، و توضیح می‌دهند که چرا مدعی شایسته سرمایه‌گذاری است. در طول این فرایند، قبل از انعقاد هرگونه سند خاصی، درباره شرایط مالی مذاکره و توافق می‌شود. در صورت موفقیت‌آمیز بودن صدور حکم، هم مبلغ سرمایه‌گذاری شده و هم درصدی از آن

۱- برای مثال، این ساختار می‌تواند در شرایطی که همان شرکت حقوقی به طور منظم، توسط شاکی علیه همان دولت خواننده استفاده می‌شود، به خوبی کار کند. یک مثال خوب از این نوع وضعیت، مجموعه ادعاهای اخیر انرژی خورشیدی است که ناشی از اقدامات مشابه علیه اسپانیا بر اساس معاهده منشور انرژی است.

For example, this structure could work well in situations where the same law firm is regularly used by the claimant against the same respondent State. A good example of this type of situation is the recent set of solar energy claims arising from the same measures brought against Spain pursuant to the Energy Charter Treaty

مبلغ باید به سرمایه‌گذار شخص ثالث داده شود، تحت تأثیر زمان لازم برای صدور حکم، ریسک‌های موجود (از جمله ارزش واقعی حکم و انجام اقدامات مورد نیاز) و مقدار مبلغ سرمایه‌گذاری، این ارقام تغییر می‌کند. تعیین درصد کلی داور، به تأمین‌کننده شخص ثالث این اجازه می‌دهد تا آنجا که ممکن است با مدعی همگام و هماهنگ باشد تا برای بهترین نتیجه تلاش کند.

به محض امضای سند سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذار شخص ثالث با برآورد سود و مقدار سرمایه‌گذاری و همچنین راهنمایی مشاور خود، یک ارزیابی دقیق و با جزئیات از داور انجام می‌دهد. در این فرایند، سند سرمایه‌گذاری داور، مقدار هزینه پیشنهادی، نحوه ورود دو طرف به داور برای حل و فصل دعوی، شرایط و ضوابطی که سرمایه‌گذار شخص ثالث می‌تواند

از پرونده خارج یا از آن منصرف شود، و همچنین گزارش دهی و به‌روزرسانی نیازهای مالی سرمایه‌گذار، و کلا و مشتری؛ مشخص می‌شود. مهم‌تر از همه، این سند یک توقف طولانی ایجاد می‌کند، که در این مدت زمان شخص ثالث تعیین می‌کند که آیا می‌تواند با این مقدار از سرمایه، تأمین کند و ادامه بدهد یا خیر.

عواملی که توسط سرمایه‌گذاران شخص ثالث در هنگام تصمیم‌گیری برای ادامه سرمایه‌گذاری مورد توجه قرار گرفته است، شامل این موارد است: ارزش و پیچیدگی مطالبه، مقدار سرمایه مورد نیاز، احتمال موفقیت آمیز بودن داور، حوزه قضایی که داور در آن انجام می‌شود، نهاد داور، سهولت اجرای حکم؛ مکان دارایی‌هایی که حکم باید برای آنها ایجاد شود در تاریخ توقف طولانی پرونده، سرمایه‌گذار شخص ثالث به طرف مدعی اطلاع می‌دهد که آیا سرمایه شخص ثالث تأمین می‌شود یا خیر.

سرمایه را می‌توان از طریق راه‌های مختلفی تأمین کرد. برخی از سرمایه‌گذاران شخص ثالث سند جدیدی را برای تأمین سرمایه منعقد می‌کنند، در حالی که برخی دیگر با صدور اخطاریه‌ای، توجه به تأمین سرمایه توسط سرمایه‌گذاران شخص ثالث را الزام آور کرده‌اند. در کل، به‌ندرت پیش می‌آید که بیشتر از یک سرمایه‌گذار شخص ثالث درگیر یک پرونده شود. ممکن است در مواردی که سرمایه‌گذار به مقدار زیادی پول نیاز داشته باشد، پیش از یک سرمایه‌گذار شخص ثالث وارد پرونده شود، تا ریسک کمتر شود. در چنین شرایطی، لازم است برای برآورد بازده سرمایه‌گذاری و طبقه‌بندی آن و همچنین نظارت روزانه سرمایه‌گذاران بر مطالبه؛ یک سند بین سرمایه‌گذاران شخص ثالث منعقد شود.

۲-۳ مقررات فعلی سرمایه‌گذاری شخص ثالث در داوری بین‌المللی

سرمایه‌گذاری شخص ثالث باعث افزایش دید و درک جهانی شده است، استفاده از سرمایه‌گذار شخص ثالث توسط محکمه‌ها و دادگاه‌ها و حوزه‌های قضایی مختلف رشد زیادی داشته است، تا حدی که دادگاه داوری می‌تواند تصمیم بگیرد مقررات داخلی خود را در راستای قوانین داوری بین‌المللی اعمال کند؛ درست مانند هنگ کنگ و سنگاپور. به علاوه، ممکن است یک دادگاه داخلی تصمیم بگیرد که حکم داوری بین‌المللی را به رسمیت بشناسد، تأیید کند، اجرا کند یا لغو کند؛ یا اینکه می‌تواند طبق ماده پنجم قرارداد نیویورک، برای اجرای سیاست عمومی داخلی، مقررات خود را در مورد سرمایه‌گذاری شخص ثالث اعمال کند.

۲-۴ قراردادهای مربوط به سرمایه‌گذاری شخص ثالث در داوری سرمایه‌گذاری

اولین قرارداد مربوط به سرمایه‌گذاری شخص ثالث، قرارداد جامع تجاری و اقتصادی (CETA) است، که توسط کانادا و اتحادیه اروپا تصویب شده است.^۱ این قرارداد که مربوط به سرمایه‌گذاری شخص ثالث است، شامل مفاد زیر است:

ماده ۸، ۱: تعاریف

سرمایه‌گذاری شخص ثالث به معنای هرگونه بودجه ارائه شده توسط شخص حقیقی یا حقوقی است، که آن شخص طرف خوانده نیست. بلکه کسی است که با طرف مدعی وارد پرونده می‌شود، تا بخشی یا کل هزینه را تأمین کند؛ یا در ازای دریافت سود، با یک طرف پرونده توافق می‌کند.

ماده ۸، ۲۶ سرمایه‌گذار شخص ثالث

۱ در صورت استفاده از سرمایه‌گذار شخص ثالث، مدعی باید نام و مشخصات سرمایه‌گذار شخص ثالث را به طرف دیگر پرونده و دادگاه اعلام کند.

۲ شفاف‌سازی اطلاعات باید در زمان فرایند داوری انجام شود؛ اگر قرارداد مالی منعقد شود،

1- Canada-EU CETA

یا اینکه کمک مالی بعد از فرایند دعوی یا به محض انعقاد قرارداد انجام شود؛ در این زمان نیز باید شفاف سازی اطلاعات را انجام داد.

اتحادیه اروپا پیشنهاد کرده است در مشارکت های تجاری و سرمایه گذاری های اقیانوس اطلس و اطراف آن، مقررات سرمایه گذاری شخص ثالث مورد استفاده قرار گیرد، طرح پیشنهادی اتحادیه اروپا اساساً با طرح قرارداد جامع اقتصادی و تجاری یکسان است. پیش نویس طرح کنونی قرار داد تجارت آزاد اروپا و ویتنام، شامل تعریف مشابهی از سرمایه گذاری شخص ثالث است.^۱ ماده ۱۱ قرارداد تجارت آزاد اتحادیه اروپا و ویتنام، مدتی را برای شفاف سازی اطلاعات تعیین، همچنین باید ماهیت سند سرمایه گذاری شفاف سازی شود. این فرایند مستلزم این است که دادگاه هنگام تصمیم گیری در مورد هزینه ها، اطمینان از تأمین آن ها و مقررات سرمایه گذاری شخص ثالث را نیز در نظر بگیرد.

۲-۵ سرمایه گذاری شخص ثالث و قوانین قابل اجرا در داوری سرمایه گذاری

شخص ثالث تنها کسانی نیستند که نام آن ها روی مدرک ثبت می شود، بلکه شامل افرادی که در دعوی قضایی از طریق استخدام مشاور فعالیت می کنند یا در هزینه های داوری سهم هستند، یا کسانی که محق نظارت بر مسیر روند داوری هستند، نیز می شود. (Abu-Ghazaleh, et al 2009: 143)

وقتی به مسائل مربوط به قوانین حقوق بین الملل خصوصی (پی آی آل) می پردازیم، لازم است تا بین روابط مختلف و شناسایی قانون قابل اعمال به آن ها تمایز قائل شویم. (McLachlan et al. 2007: 60)

-قانون قابل اجرا با موضوع سرمایه گذاری در مرافعات (قانون حاکم بر دعوی): معاهده سرمایه، و قانون قابل اجرا در مورد خود قرارداد (تا حدی که به داوری سرمایه گذاری مربوط باشد).

-قانون منتخب در حوزه داوری بین الملل^۲؛ می تواند حد انتقال پذیری ادعای خسارت به یک

۱- توافقنامه تجارت آزاد بین اتحادیه اروپا و جمهوری سوسیالیستی ویتنام، (۲۰۱۶).

۲- آیین نامه رم ۱: «قانون حاکم بر ادعای واگذار شده یا جانشین، قابلیت واگذاری آن، رابطه بین انتقال گیرنده و مدیون، شرایطی که تحت آن می توان واگذاری یا جانشینی را علیه مدیون استناد کرد و اینکه آیا تعهدات بدهکار وجود دارد را تعیین می کند.

شخص ثالث را تعیین کند.

قانون حاکم بر توافق دعوی بین سرمایه‌گذار و دولت میزبان: معاهده سرمایه‌گذاری و یا قانون قابل اجرا در مورد

بخش مورد توافق از داوری.

- قانون قابل اجرا در مورد قرارداد تأمین مالی شخص ثالث بین مشتری و تأمین‌کننده شخص ثالث.

- قانون قابل اجرا برای قرارداد حقوقی خدمات (اجرت وکیل) که بین مدعی و وکیل مدافع/ وکیل پرونده منعقد می‌شود.

- قانون قابل اجرا برای اخلاق حرفه‌ای مشاور که توسط دادگاهی که مشاور عضو آن است تعیین می‌شود.

۳ شفاف‌سازی موقعیت سرمایه‌گذار شخص ثالث در داوری سرمایه‌گذاری

ممکن است دادگاه بین‌المللی سرمایه‌گذاری، به یک طرف دستور بدهد که اطلاعات سرمایه‌گذاری شخص ثالث خود را افشا کند. (Muhammad Cap et al, 2015) مطابق با قانون و مقررات بین‌المللی، یا در پاسخ به درخواست طرف مقابل (مثل استفاده از هزینه‌ها یا اطمینان از تأمین شدن هزینه‌ها)؛ دادگاه بین‌المللی طبق اختیارات قضایی خود، می‌تواند دستور شفاف‌سازی اطلاعات را صادر کند. (Kilim Inset, 2013)

همچنین ممکن است داوران بخواهند که هرگونه مغایرت مالی مربوط به سرمایه‌گذار شخص ثالث را بررسی کنند.^۱ ممکن است قانون‌ها و مقررات، داوران را ملزم کنند که مغایرت در سود را بررسی کنند. با توجه به مقررات، ممکن است داوران بخواهند که اطلاعات دو طرف پرونده را شفاف‌سازی کنند. مقررات و وظایف وکلا و داوران که طبق قوانین بین‌المللی یا انجمن وکلا اجرا می‌شود نیز، ممکن است نیاز به شفاف‌سازی اطلاعات داشته باشند.

برخی از قراردادهای سرمایه‌گذاری، برای استفاده از فرایند حل اختلاف در قرارداد، طرف‌های

۱- دستور العمل IBA در مورد تضاد منافع.

تأمین شده را ملزم می‌کند که اطلاعات سرمایه‌گذار خود را افشا کنند.^۱

به علاوه، بر اساس قوانین داوری، بسیاری از شرکت‌های سهامی عام موظف‌اند هرگونه معامله مادی را برای عموم مردم و سرمایه‌گذاران خود، افشا و شفاف‌سازی کنند. (Von Goeler, 2016:127) بسته به ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری، مشخص می‌شود که آیا نیاز است که یک شرکت سهامی عام، اطلاعات مربوط به قرارداد را شفاف‌سازی کند یا خیر.

سرانجام، طرف‌ها ممکن است تصمیم بگیرند برای تأثیرگذاری قابل توجه در فرایندهای بازپرداخت، اطلاعات سرمایه‌گذاری خود را برای طرف مقابل فاش و شفاف‌سازی کنند (Christophe BRABlet, 2015:30)

افشاگری اطلاعات ممکن است توسط دادگاه، طرف‌های مدعی، مشاوران طرف‌ها، سازمان داوری، یک نهاد دولتی یا تلفیقی از اینها انجام شود. شفاف‌سازی شامل سند سرمایه‌گذاری، اطلاعات هویت و شماره تماس شخص سرمایه‌گذار، و شرایط فرعی قرارداد است؛ درحالی‌که بخش کمی از متن قرارداد سرمایه‌گذاری، مربوط به داوری یا ارزش و ماهیت آن است.

به احتمال زیاد درخواست برای شفاف‌سازی قرارداد سرمایه‌گذاری شخص ثالث در داوری‌های تجاری و سرمایه‌گذاری‌های بین‌المللی بیشتر می‌باشد؛ و ممکن است دادگاه‌ها تمایل بیشتری برای پذیرفتن چنین درخواست‌هایی داشته باشند. با این حال، دادگاه‌ها باید اطمینان حاصل کنند که شفاف‌سازی سرمایه‌گذاری شخص ثالث، تأثیر منفی بر فرایند و اصل داوری نمی‌گذارد. به‌طور مثال، ممکن است طرفی که از لحاظ مالی تأمین نشده است، وسوسه شود که برای افشا و شفاف‌سازی اطلاعات، درخواست‌ها یا مدارک زیادی را به دادگاه ارائه دهد.^۲ به همان اندازه،

۱- به عنوان مثال، اتحادیه اروپا - FTA ویتنام، فصل ۸. و فصل ۱۱

۲- اگر طرفی از بودجه دعوی طرف مقابل آگاه شود، ممکن است انگیزه‌ای ایجاد شود تا درخواست‌ها یا استدلال‌های تضعیف‌کننده‌ای را ایجاد کند تا این بودجه قبل از پایان پرونده تمام شود. داوری سرمایه‌گذاری - و به طور کلی داوری بین‌المللی - از طرفداری از چنین تاکتیک‌هایی که زمان و انرژی زیادی را صرف مبارزه با آن می‌کند، سودی نخواهد برد.

One can easily see that, if a party becomes aware of the other party's litigation budget, an incentive might be created to bring dilatory requests or arguments simply to exhaust that budget before the case is over. Cases abound where legitimate claimants threw the towel for budgetary reasons only. Investment arbitration - and international arbitration generally - would have nothing to gain from favoring such tactics, which it spends a great deal of time and energy fighting otherwise.

ممکن است طرف‌های تأمین شده مالی برای مقاومت در برابر افشاسازی و شفاف‌سازی اطلاعات، از اظهارات محرمانه یا علنی استفاده کنند؛ اما در عین حال به دنبال فشار آوردن به طرف تأمین نشده، برای بازپرداخت و تسویه باشند؛ بنابراین، دادگاه‌ها باید نیاز به شفافیت و جلوگیری از تضاد منافع طرفین را در مورد «سرمایه‌گذاری شخص ثالث و نتایج آن» بسنجند و ارزیابی کنند.

واقعیت این است که بیشتر دادگاه‌هایی که با سرمایه‌گذاری شخص ثالث روبرو می‌شوند، حتی در حکم‌های کتبی خود نیز اشاره‌ای به سرمایه‌گذار نمی‌کنند؛ در پرونده‌هایی که شفاف‌سازی سرمایه‌گذار شخص ثالث انجام نمی‌شود، بر پرونده تأثیر می‌گذارد و ارزیابی آن را دشوار می‌کند؛ بنابراین، ممکن است یکی از این دو مورد (شفاف‌سازی کردن یا شفاف‌سازی نکردن) اتفاق بیفتد. از یک سو، ممکن است سرمایه‌گذاری شخص ثالث در بیشتر موارد محرمانه باشد و تأثیری در داوری‌های دادگاه نداشته باشد، زیرا آن‌ها حتی از وجود آن بی‌خبرند. اگر پرونده‌ای به این صورت باشد، حداقل برای اطمینان از شناسایی و مشخص کردن مغایرت در سودها؛ به شفاف‌سازی بیشتری نیاز است. از سوی دیگر، ممکن است که دادگاه‌ها کاملاً آگاه باشند که سرمایه‌گذاری شخص ثالث در حال رایج شدن است، اما آن‌ها مختار هستند که سرمایه‌گذار شخص ثالث را نادیده بگیرند، یا بدون اینکه صراحتاً در حکم خود ذکر کنند آن را در نظر بگیرند و از آن استفاده کنند.

۳-۱ شفافیت ارتباط داور، طرفین و مشاوران

در داوری سرمایه‌گذاری گرایش به انتصاب‌های نهادی و مستقل حائز اهمیت است. بدیهی است که داوران موظف به بی‌طرفی و استقلال در تصمیم‌گیری هستند و مسائل را به شیوه بی‌طرفانه و عادلانه تعیین می‌کنند. (معاهده ایکسید)^۱

از آنجا که موفقیت داوری بین‌المللی تا حد زیادی وابسته به کیفیت و رفتار داوران است که اختلافات و مشاجرات را می‌شنوند، باید از بروز اختلافات اخلاقی از طریق افشای تضادهای واقعی و بالقوه منافع داوران با هر یک از طرفین، پیشگیری کرد.. (Bolivar 2010:1)

۱- معاهده ICSID: داوران باید افرادی با شخصیت و صلاحیت اخلاقی بالا باشند که می‌توان برای اعمال قضاوت مستقل به آنها اعتماد کرد.

برای جلوگیری از اختلافات اخلاقی و تضمین بی‌طرفی و استقلال داوران، آن‌ها موظف به افشای روابط گذشته و حال خود که ممکن است مانع بی‌طرفی آن‌ها باشند و باعث تضاد منافع، و عدم استقلال آن‌ها بشوند، هستند. (Born 2009: 1479). برای مثال در بند ۱۱ از قوانین کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (UNCITRAL)، وظیفه افشاسازی شرایطی که احتمالاً باعث ایجاد تردیدهای موجهی در مورد بی‌طرفی و استقلال داور می‌شود، قید شده است (قواعد UNCITRAL ۲۰۱۰ می‌گوید: «هنگامی که شخصی در رابطه با انتصاب احتمالی او به‌عنوان داور مورد نظر قرار می‌گیرد، او باید هر شرایطی را که ممکن است باعث ایجاد تردیدهای موجه در مورد بی‌طرفی یا استقلال او شود، افشا کند. داور، از زمان انتصاب خود و در طول رسیدگی داوری، باید بدون تأخیر چنین شرایطی را برای طرفین و داوران دیگر افشا کند، مگر اینکه قبلاً توسط او از این شرایط مطلع شده باشند»). مقررات مرکز حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) هیچ تعریف دقیقی از نوع رابطه‌ای که باید فاش شود یا مانع انتصاب داوری می‌شود، ارائه نکرده است. (Malintoppi 2008: 794). علاوه بر این، قوانین پیش از (ایکسید) وجود روابط تجاری سابق بین داور و مشاور و مدعی را مجاز می‌داند، مگر اینکه به‌طور آشکاری مانع بی‌طرفی داور باشد.

"قوانین نرم" ابزارهای قوانین خودکار هستند که به‌منظور رسیدگی به ریسک‌های تضاد منافع و عدم تجانس اطلاعات طی فرایند تعیین و انتخاب داور، توسعه یافته‌اند. هدف این قوانین، اصول و "احکام" مورد استفاده در این حوزه، ایجاد تعادلی منصفانه بین افشای ارتباطات مربوطه و اجتناب از افشای بی‌پایان روابط بی‌ربط احتمالی است. علاوه بر این، جهان داوری دنیای نسبتاً کوچکی است، و وکلا ممکن است به‌عنوان مشاور در یک پرونده و به‌عنوان داور در پرونده‌ای دیگر وارد عمل شوند. این تغییر در وظایف و موقعیت‌ها باعث می‌شود که پیدا کردن داوری که ارتباط مؤثری با هر یک از طرفین یا داورهای همکار در پرونده نداشته باشد، بسیار دشوار باشد.

اصول اخلاقی داوران در اختلاف‌های تجاری و ابزارهای خودتنظیمی از جمله کد اخلاقی برای داوران دعوی‌های تجاری (IBA)/(IIA) ۲۰۰۴ و دستورالعمل‌های اتحادیه بین‌المللی وکلای دادگستری (IBA) در زمینه تضاد منافع در داوری بین‌المللی، به داوران راهنمایی‌های خاصی در مورد افشاسازی (عمل نجیبانه) ارائه می‌کنند. (Sheppard et al. 2009: 136) استانداردهای بین‌المللی (IBA) یک دانش عینی و سطحی از اطلاعات پرونده را به‌عنوان نقطه شروع در نظر می‌گیرد. اگر

فرد معقولی تردید موجهی در مورد بی‌طرفی و استقلال داور داشته باشد، داور باید بتواند شک ایجاد شده را رد کند.

(Moses 2008: 131) طبق دستورالعمل‌ها، مشارکت‌های قبلی داور در پرونده مانع انتصاب او خواهد بود مگر این که هر دو طرف به‌طور کامل موافقت خود را با انتصاب او اعلام کنند. حفظ پست مدیریتی، ریاست یا عضو هیئت نظارت یکی از طرفین، از موارد غیرقابل انکار تضاد منافع خواهد بود. علاوه بر این، فهرست دستورالعمل‌ها، شرایط و حقایقی که داور باید آن‌ها را طی فرایند انتخاب خود افشا کند (مواردی همچون ارائه مشاوره قبلی به یکی از طرفین).

۲-۳ رویه قضایی شفاف‌سازی سرمایه‌گذاری شخص ثالث

چندین دادگاه بین‌المللی و داوری تجاری، سرمایه‌گذاری شخص ثالث را سنجیده و بررسی کرده‌اند. در برخی از پرونده‌ها، طرف تأمین شده مالی، به‌طور داوطلبانه و بدون هیچ مخالفتی اطلاعات سرمایه‌گذاری را شفاف‌سازی کرده است؛ مثل قرارداد شرکت " Oxus Gold." (که در انگلستان است) با جمهوری ازبکستان^۱ که این قرارداد در سازمان قانون تجارت بین‌الملل (UNCITRAL) ثبت شده است؛ در این پرونده دادگاه اظهار کرد که سرمایه‌گذاری تأثیری در فرایند داوری نداشته است. به دلیل محرمانه بودن این اسناد، در بعضی مواقع افشاسازی این اطلاعات می‌تواند به‌عنوان اشتباه از طرف مقابل تلقی شود.

(von Goeler, 2013:126)

در بیشتر پرونده‌ها، دادگاه داوری دستور می‌دهد هویت سرمایه‌گذار شخص ثالث فاش شود، اما به‌ندرت پیش می‌آید که دستور دهد شرایط سرمایه‌گذاری فاش شود. برای مثال، یک داوری در مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری، برای فسخ قرارداد سرمایه‌گذاری بین شرکت تجهیزات و ماشین‌آلات نفتی (T&S) و رومانی شکل گرفت؛ این پرونده در دادگاه‌های ایالت متحده داوری شد، که مستلزم شروط سند سرمایه‌گذاری بود.

(Machinery, et al, 2012:481) در این پرونده، در مورد سند سرمایه‌گذاری و سرمایه‌گذار

اختلاف نظر وجود داشت، به همین دلیل دادگاه پرداخت هزینه‌ها توسط شرکت نفتی (T&S)، را

1- Oxus Gold. Republic of Uzbekistan, UNCITRAL Arbitration Proceeding, (2015).

متوقف کرد. سرانجام دادگاه مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری، به دلیل عدم بازپرداخت، فرایند رسیدگی به این پرونده را خاتمه داد. در این پرونده، به دلیل اینکه سند سرمایه‌گذاری مورد مناقشه و اختلاف نظر بود، دادگاه تشخیص داد شروط این پرونده افشا و شفاف‌سازی شود.

به‌طور معمول، سند سرمایه‌گذاری مورد بحث و اختلاف قرار نمی‌گیرد، بنابراین ممکن است افشا کردن شروط آن لازم نباشد. برای مثال، پرونده شرکت "EuroGas" و شرکت "Belmont"، با جمهوری اسلواکی که در مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری ثبت شده، دادگاه برای بررسی تعارض و مغایرت منافع حقوقی، به طرف مدعی (شاکلی) دستور داد تا هویت سرمایه‌گذار شخص ثالث خود را فاش کند، اما نیاز نبود که طرف مدعی شروط سند سرمایه‌گذاری را فاش کند.^۱ در این پرونده، مدعی پیش‌ازاین فاش کرده بود که توسط یک سرمایه‌گذار لوکزامبورگی تأمین مالی شده است، اما تا زمانی که از طرف دادگاه دستور ابلاغ شود، مدعی هویت سرمایه‌گذار را فاش نکرده بود.

پرونده آقای 2 Mohammet cap و آقای Sohil Inset، با شرکت turkmenistan tic art، که در مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری ثبت شده است؛ در این پرونده دادگاه به مدعی دستور می‌دهد تا هم هویت سرمایه‌گذار و هم شروط سند سرمایه‌گذاری را فاش کند.^۲ در این فرایند، برای حفظ حقوق طرفین و بی‌نقص بودن فرایند داوری، دادگاه می‌تواند از اختیارات حقوقی خود استفاده کند. در آوریل ۲۰۱۴، ترکمنستان از دادگاه درخواست که به مدعی (شاکلی) دستور دهد تا فاش کند که آیا از حمایت‌ها و پشتیبانی‌های سرمایه‌گذار شخص ثالث و شروط سند سرمایه‌گذاری استفاده کرده است یا خیر. دادگاه درخواست ترکمنستان را رد کرد؛ اما چندین دلیل وجود دارد که دادگاه می‌توانست دستور شفاف‌سازی سند سرمایه‌گذاری شخص ثالث را

۱) EuroGas، شاکلیان باید هویت سرمایه‌گذار شخص ثالث را افشا کنند و سرمایه‌گذار شخص ثالث تعهدات عادی محرمانه بودن را خواهد داشت.

See Euro Gas Inc. & Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic, ICSID Case No ARB / 14/14, Transcript of the First Session and Hearing on Provisional Measures, 1453-4 (Mar. 17, 2015) ("We think that the Claimants should disclose the identity of the third - party funder, and that third - party funder will have the normal obligations of confidentiality.
2- Mohammed cap v.turkmenistan tic art

صادر کند:

الف) برای جلوگیری از تضاد و مغایرت منافع در حکم، به دلیل وجود سرمایه‌گذار شخص ثالث

ب) برای شفافیت و شناسایی طرف درست پرونده (طرفی که حق با اوست)؛
پ) برای اینکه دادگاه تصمیم عادلانه بگیرد که باید در پایان هر داوری چگونه هزینه‌ها را تقسیم کند؛

ت) اینکه درخواستی برای بررسی هزینه‌ها وجود داشته باشد؛

ث) اطمینان حاصل شود اطلاعات محرمانه‌ای که ممکن است در طول فرایند داوری منتشر می‌شود؛ به خاطر انگیزه‌های پنهانی برای طرف‌ها فاش نشوند. (Sohil Inset, 2015)

یک سال بعد، ترکمنستان برای اطمینان از عدم مناقشه با داوران و مشاوران پرونده، و اینکه آیا واقعاً ادعاهای طرف مدعی (شاکی) صحت دارد؛ مجدداً برای شفاف‌سازی، اطلاعات درخواست کرد. (Muhammet Çap v. Turkmenistan) برای مؤثر کردن درخواست مجدد، ترکمنستان استدلال‌هایی را طبق قانون ۷ الف) کانون وکلای بین‌المللی استناد کرد؛ که این استدلال‌ها راجع به تعارض و منافات منافع در داوری بین‌المللی بود، که در اکتبر ۲۰۱۴ به نتیجه رسید. همچنین ترکمنستان اظهار داشت به دلیل حضور سرمایه‌گذار شخص ثالث، در حال بررسی درخواست داوری و اطمینان از هزینه‌ها است. دادگاه تصمیم گرفت به دلایل زیر، درخواست مجدد ترکمنستان را بپذیرد:

اول، اهمیت اطمینان از درست بودن روند داوری و تعیین اینکه آیا حکم تحت تأثیر سرمایه‌گذار شخص ثالث قرار می‌گیرد یا خیر. بر این اساس، دادگاه معتقد است که در بعضی از پرونده‌های این چنینی، شفافیت وجود سرمایه‌گذار شخص ثالث مهم است.

دوم، مدعی اظهار کرده است که درخواستی را برای اطمینان از هزینه‌ها به دادگاه ارائه می‌دهد، هر چند هنوز چنین اتفاقی رخ نداده است؛ و مشخص نیست که چنین درخواستی در مورد چه مسائلی است، به‌طور مثال این درخواست می‌تواند شامل عدم توانایی طرف مقابل در پرداخت هزینه‌ها یا وجود سرمایه‌گذار شخص ثالث باشد. دو دلیل دیگر نیز وجود دارد که در تصمیم‌گیری دادگاه و نتیجه حکم تأثیر گذاشته است. طرف مدعیان وجود سرمایه‌گذار شخص ثالث را در این

داوری انکار کرده بود. به دلیل اینکه طرف مدعیان هرگونه واگذاری دارایی‌های خود به طرف مقابل را انکار می‌کرد. علاوه بر این، طرف شاکی ادعا کرده است حتی اگر بند مربوط به سرمایه‌گذاری را فسخ کرده باشد و سرمایه مورد نیاز تأمین شده باشد؛ طرف مقابل هزینه‌ها را بازپرداخت نکرده است. درحالی که دادگاه درخواست ترک‌منستان را قبول کرد، اما در مقررات خود مشخص نکرد که کدام‌یک از شروط سند باید فاش شود و کدام‌یک باید محرمانه بماند. هنوز مشخص نیست که این افشاگری‌ها چه تأثیری در نتیجه حکم گذاشته است. ونمی‌توان اطمینان داشت که با وجود ارائه اطلاعات توسط طرف مقابل و افشاگری، رأی دادگاه عادلانه خواهد بود یا خیر.

و همچنین در پرونده شرکت "Silver" آمریکای جنوبی با کشور بولیوی^۱، که در دادگاه داوری بررسی شد، طرف خوانده (متهم) از دادگاه درخواست کرد که به طرف مدعی (شاکی) دستور دهد تا هویت سرمایه‌گذار و همچنین شروط قرارداد امضا شده با سرمایه‌گذار را فاش کند.^۱ بولیوی در سال ۲۰۱۴ به مقررات کانون وکلای بین‌المللی استناد کرد؛ این مقررات بیان می‌کند که سرمایه‌گذار شخص ثالث و طرف تأمین شده مالی باید یکسان و برابر فرض شوند، تا وجود تعارض و مغایرت منافع بررسی شود، و اینکه طرف تأمین شده مالی، موظف است تا روابط بین سرمایه‌گذاران شخص ثالث و داوران را فاش کند. شرکت Silver آمریکای جنوبی (SAS)، در جواب به درخواست بولیوی، موافقت کرد تا هویت سرمایه‌گذار شخص ثالث خود را فاش کند اما اظهار کرد که شروط سند سرمایه‌گذاری این شرکت به موضوعات مورد بحث و اختلاف در این داوری بی‌ربط است؛ و اینکه شروط سند محرمانه از لحاظ تجاری بسیار مهم است، و اگر دادگاه از شرکت Silver بخواهد مفاد و شروط سند سرمایه‌گذاری را فاش کند، شرکت Silver آمریکای جنوبی و سرمایه‌گذار متحمل ضرر خواهند شد.^۲ در پایان، به منظور شفافیت پرونده، دادگاه تصمیم گرفت که دستور افشای هویت سرمایه‌گذار را صادر کند اما تشخیص داد که هیچ دلیلی برای افشای شروط سند سرمایه‌گذاری وجود ندارد.

1- South Am. Silver Ltd. V. Plurinational State of Bolivia, PCA Case No. 15, (2016).

2- South Am. Silver Ltd. Plurinational of Bolivia, PCA Case No. 2013 15. Claimant's Opposition to Bolivia's Request for Cautio Judicatum Solvi and Disclosure of Information, pp 38- 40 (2015).

۴ سرمایه‌گذاری عام‌المنفعه (غیر شخصی)

پرونده‌های فوق ذکر شده، شامل سرمایه‌گذاری شخص ثالث انتفاعی (شخصی) بوده‌اند. طبقه‌بندی جدیدی از سرمایه‌گذاری وجود دارد، که سرمایه‌گذاری غیرانتفاعی (Brabandere et al, (2012): P 379- 382) یا سرمایه‌گذاری ایدئولوژیک نامیده می‌شوند. در درجه اول این سرمایه‌گذاران انگیزه دارند تا به جای سودآوری، نتیجه پرونده را تحت تأثیر قرار دهند، سابقه ایجاد کنند یا اینکه قانون را تغییر دهند؛ اگرچه چنین سرمایه‌گذارانی گاهی هم سود می‌برند. مشهورترین مثال برای چنین اسناد و پرونده‌هایی، حمایت مالی موسسه Bloomberg. و موسسه کودکان بدون دخانیات به دولت اروگوئه در برابر شرکت بین‌المللی دخانیات Philip morris است؛ که این پرونده، در مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری ثبت و داوری شده است (Morris Brands Sàrl et al.) در این پرونده، شرکت بین‌المللی Philip morris در مورد برند

تجاری و برچسب‌های محصولات دخانی، مقررات ایالتی را به چالش کشید. Bloomberg et al, (2016)

Bloomberg. انتظار بازپرداخت سرمایه خود را نداشت؛ در عوض این نهاد تلاش کرد تا به نتیجه قطعی در این پرونده برسد، یعنی رعایت قوانین اروگوئه در مورد بسته‌بندی دخانیات با هدف کاهش رواج سیگار کشیدن. با برداشتن این قدم روبه‌جلو، نهاد نیکوکاری بلومبرگ و نهاد بیل و ملیندا گیتس تحت قراردادهای تجاری و سرمایه‌گذاری، با ایجاد صندوق داوری تجارت ضد دخانیات برای کشورهای کم‌درآمد و با درآمد متوسط، که با شرکت‌های دخانیات درگیر هستند، با یکدیگر همکاری کردند.^۱

پرونده "Quasar de Valor's" مثالی از یک پرونده سرمایه‌گذاری عام‌المنفعه غیرانتفاعی

۱- کمپین دخانیات - کودکان رایگان، بین‌المللی: صندوق جهانی جدید برای کمک به کشورها در دفاع از قوانین سیگار کشیدن، N.Y. TIMES (۲۰۱۵).

CAMPAIGN FOR TOBACCO - FREE KIDS, INTERNATIONAL:
[Http: // global tobaccofreekids.org/end/about us/trade_litigation_fund/](http://global.tobaccofreekids.org/end/about_us/trade_litigation_fund/); Sabrina Tavernise,
 New Global Fund to Help Countries Defend Smoking Laws, N.Y. TIMES. (۲۰۱۵)

است. در این پرونده سرمایه‌گذار گروه "menatep limited"، سهامدار اکثریت سابق شرکت نفت روسیه‌ی yokous بود؛ menatep با سرمایه‌گذاری در پرونده "Quasar de Valor's"، در صدد ایجاد سابقه خوب بود به امید اینکه چنین سابقه‌ای در آینده بر اساس قرارداد امتیاز انرژی، برای مناقشات و اختلافات بزرگ‌تر سهامداران علیه روسیه اعمال شود و به کار بیاید. (Quasar de Valor's SICAV S.A. et al)

این پرونده باز هم نمونه دیگری از نوعی سرمایه‌گذاری نوظهور است که در آن سرمایه‌گذار شخص ثالث به جای اینکه به دنبال سود باشد، صرفاً به دنبال مقدار مشخصی درآمد از خدمات است. اگرچه مناتپ مطمئناً به دلایل مالی سرمایه‌این پرونده را تأمین می‌کرد، زیرا هدف آن سودآوری در آینده با استفاده از سابقه ایجاد شده در پرونده کازار والرس بود.

سرمایه‌گذاری غیرانتفاعی هنوز هم نادر است و مانند سایر روش‌های سرمایه‌گذاری شخص ثالث نامشخص و در حاله‌ای از ابهام است. با این وجود، دلیل دستور افشا و شفاف‌سازی سرمایه‌گذاری غیرانتفاعی همان دلیل دستور افشای سرمایه‌گذاری انتفاعی است، حتی اگر برخی از چالش‌های منحصر به فرد وجود داشته باشد که هنوز به طور کامل آشکار و تجزیه و تحلیل نشده‌اند. علاوه بر این، بسیاری از سرمایه‌گذاران غیرانتفاعی و طرف‌هایی که از لحاظ مالی تأمین شده‌اند، تمایل دارند که داوطلبانه یا به طور علنی درگیر شدن در پرونده را اعلام کنند؛ شاید این کار برای جلب نظر افکار عمومی به نفع خود یا جذب منافع مالی برای طرف تأمین شده باشد. به علاوه، ممکن است سرمایه‌گذاری غیرانتفاعی گزینه مناسبی برای مدعی علیه‌ها در داوری بین‌المللی، به خصوص کشورهای مدعی علیه در داوری سرمایه‌گذاری باشد، زیرا معمولاً بازگشت سرمایه لازم نیست. ممکن است با گذشت زمان و با علنی شدن بیشتر این پرونده‌ها، ارزیابی تأثیر سرمایه‌گذاری غیرانتفاعی در داوری بین‌المللی آسان‌تر باشد. (Brabandere & Lepeltak: 379)

۵ تأثیر سرمایه‌گذاری شخص ثالث بر هزینه‌ها و قوانین تغییر هزینه

هزینه‌های انجام داوری تقریباً بالا است. (UNCTAD et al 2010: 17) هزینه‌های داوری شامل هزینه‌های اجرایی اداری نهادی، کارمزد داوران (از جمله هزینه‌های تعهدات و فسخ) و هزینه‌های طرفین (نمایندگان قانونی، شاهدان، کارشناسان، هزینه‌های کسب و کار داخلی) می‌شود. روش‌های محاسبه کارمزد داور شامل "زمان صرف شده" (مثلاً هزینه‌های ساعتی یا روزانه بر

اساس معیار مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ICSID) یا دادگاه بین‌المللی داوری (ICC)، یا "بر اساس ارزش" (درصد ارزش دعوی) هستند، (Yannaca-Small et al 2010: 81)

در خصوص قوانین مرتبط با انتقال هزینه‌های قانونی به طرف مقابل، به‌طور پیش‌فرض حوزه قانونی محل داوری (قانون داوری) عامل تعیین‌کننده است.. (Jagger 2010: 76) در داوری تجاری اروپا، قانون انگلیس (که به‌عنوان هزینه‌های پس از رویداد هم شناخته می‌شود) تا حدودی اعمال می‌شود. (Gotanda 1999: 5) شکل اصولی آن عبارت است از انتقال کامل هزینه‌های مشاوره و وکالت طرف غالب و هزینه‌های قانونی داوران به طرف بازنده. در حالت‌های معمولی‌تر اعمال این قانون، در دادگاه‌های عادی در برخی از حوزه‌های قضایی (مثلاً آلمان)، هزینه‌های طرف غالب طبق تعرفه‌های ثابت و یا درصدهای متناسب با میزان پیروزی ادعا، به طرف بازنده منتقل می‌شود. (Gotanda et al 1999: 6) سیستم داوری تجاری آمریکا مبتنی بر قانون آمریکا است، به این معنی که هر طرفی هزینه‌های قانونی خود را متقبل می‌شود، هرچند طرفین ممکن است با این روند موافق نباشند. (Born et al 2009: 2491) مدل‌های انتقال هزینه را می‌توان به شرح زیر ارائه داد: (Jackson 2009: 53)

قانون انگلیسی	طرف بازنده هزینه‌های خود و هزینه‌های طرف برنده را پرداخت می‌کند، تا جایی که این هزینه‌ها از نظر دادگاه داوری معقول باشند.
قانون آمریکایی	هر طرف هزینه‌های خود را می‌پردازد.
قانون آلمانی	طرف بازنده هزینه‌های خود و هزینه‌های طرف برنده را بر اساس یک درصد مشخص و/یا بر اساس میزان موفقیت ادعا می‌پردازد.

در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، قوانین انگلیسی و آمریکایی به‌طور متناوب استفاده می‌شوند و یک روند قطعی که به نفع یکی یا دیگری باشد هنوز مشخص نشده است (McLachlan et al. 2007: 346)

۶ سرمایه‌گذاری شخص ثالث و محاسبات مقدار آن

سرمایه‌گذار شخص ثالث با تعیین ارزش حکم، در مورد سرمایه‌گذاری روی پرونده تصمیم می‌گیرد. در پرونده‌هایی که سرمایه‌گذاری شخص ثالث آشکار است مدعی علیه یا دادگاه نباید در مورد خسارات استنباط و نتیجه‌گیری کند. در واقع، ممکن است دادگاه‌ها آگاهانه یا ناخودآگاه

پس از مطلع شدن از مشارکت سرمایه گذار شخص ثالث، در مورد ارزش‌ها و امتیازهای پرونده الزاماتی را ایجاد کند. برای مثال، یک دادگاه ممکن است فرض کند در مواردی که احتمال بازپرداخت خسارت کمتر است، تأمین مالی برای سرمایه گذار شخص ثالث غیرقابل انجام باشد. در واقع، تصمیم یک سرمایه گذار برای تأمین مالی یک پرونده مشخص، یک فرایند پیچیده است که شامل در نظر گرفتن جنبه‌های مختلفی می‌شود، از جمله احتمال

موفقیت و تعیین میزان خسارت در طول فرایند دعوی قضایی، احتمال فرجام‌خواهی یا اجرای قانون، و بررسی اینکه آیا موضوع موارد دیگر مربوط به مسائل حقوقی است یا خیر.

در مقابل، در مواردی که دادگاه یا مدعی علیه تشخیص دهند که مدعی از سرمایه گذاری شخص ثالث منصرف شده است، ممکن است دادگاه نتیجه بگیرد که این پرونده از اساس ناقص است. در حقیقت، دلایل زیادی وجود دارد که ممکن است سرمایه گذار شخص ثالث یک پرونده خوب را رد کند. برای مثال، در صورتی که نسبت هزینه‌ها به سود احتمالی از نظر اقتصادی مقرون به صرفه نباشد و یا مدعی علیه اظهار کند ریسک این پرونده بالاست، سرمایه گذار نمی‌تواند سرمایه گذاری را توجیه و آن را قبول کند.

هنگام فراهم کردن شرایط مناسب برای سرمایه گذاری شخص ثالث، یک سرمایه گذار باید بتواند مقدار تقریبی خسارت حکم را برآورد و تعیین کند. به‌طور کلی این محاسبه مقدماتی، قبل از انعقاد قرارداد نهایی سرمایه گذاری حقوقی، و بدون استفاده از کارشناسان یا مشاور اضافی انجام می‌شود. به‌عنوان یک قاعده کلی، محاسبه اولیه بازده احتمالی یک مهارت است، مهارتی که هزینه‌های از دست رفته، الزام سرمایه گذاری، زمان صدور حکم و سهولت اجرای فرایند داوری همه در آن نقش دارند. به‌طور کلی، هر چه فرد یا شرکت بیشتری در پروژه‌ای سرمایه گذاری انجام دهد و از اسناد آن سرمایه گذاری پشتیبانی کند، قطعاً از نظر جبران خسارت بهتر عمل خواهند کرد و داوری سرمایه گذاری موفقیت‌آمیزتر خواهد بود. در واقع، دادگاه‌ها مایل نیستند صدها میلیون دلار را به سرمایه گذارانی که فقط بخشی از این مبلغ را سرمایه گذاری کرده‌اند اعطا کنند.^۱

۱) SA, Técnicas Medioambientales Tecmed علیه ایالات متحده مکزیک، پرونده ICSID شماره ۲، جایزه، ص ۸۶ (۲۰۰۳) (با توجه به "تفاوت قابل توجهی در مبلغ پرداخت شده تحت پیشنهاد مناقصه برای دارایی‌های مربوط به محل دفن زباله ۴,۰۲۸,۷۸۸ دلار آمریکا - و تسکین درخواستی خواهان، به مبلغ ۵۲,۰۰۰,۰۰۰ دلار آمریکا...")؛ Wena Hotels Ltd.

حتی اگر همیشه در داوری از منافع و مقدار مبلغ اطمینانی وجود نداشته باشد، سرمایه‌گذاران با جستجوی پرونده‌هایی که پایدار و با ثبات هستند، با روش‌هایی میزان اهمیت آن پرونده را می‌سنجند، و دنبال کاهش ریسک هستند. صرف نظر از اینکه آیا پرونده‌ها به مصادره (سلب مالکیت)، نقض مقررات عادلانه یا ناعادلانه یا قوانین دیگر و همچنین هزینه‌های از دست رفته مربوط هستند، برای با ثبات بودن یک پرونده، لازم است ترکیبی از حکم‌های مستدل تصویب شود. در کل، پرونده‌هایی که بهترین عملکرد و نتیجه را دارند پرونده‌هایی هستند که مدعی مبلغ قابل توجهی را در کشور میزبان سرمایه‌گذاری کرده است، و تا حد زیادی در زمان داوری این پول در کشور سرمایه‌گذاری شده باشد (یعنی سرمایه‌گذار پولی از این پرونده بر ندارد). صرف نظر از ارزش و اهمیت پرونده، در صورتی که مدارک کافی در مورد هزینه‌های از دست رفته وجود نداشته باشد، بعید است که سرمایه‌گذار روی چنین پرونده‌ای سرمایه‌گذاری کند. دلیل این امر این است که دادگاه‌ها باید مبلغ سرمایه‌گذاری را تأیید کنند، از جمله ماهیت، تاریخ و ارتباط آن‌ها با سرمایه‌گذاری. (Biloune & Marine Drive, 1990:211).

اکثر وکلای داوری و سرمایه‌گذاران شخص ثالث به هرگونه حکم با مقدار نامتناسب خسارت شک دارند. در ایالات متحده پرونده‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه کمی وجود دارد که منجر به حکم‌های میلیاردی شود. عواملی که از ایجاد اختلافات جلوگیری می‌کنند و فرایند داوری را سریع‌تر و راحت‌تر می‌کنند. در نتیجه، برآورد خسارت توسط سرمایه‌گذار شخص ثالث ممکن است با برآورد کارشناس سرمایه‌گذاری تفاوت داشته باشد. در ابتدا، نظر سرمایه‌گذار شخص ثالث ممکن است منعکس‌کننده تفکراتی باشد که سرمایه‌گذار شخص ثالث در تصمیم برای تأمین مالی یک پرونده آن‌ها را لحاظ کرده است. دوم اینکه، در بیشتر گزارش‌های ارزیابی، یک

۷. درخواست برای سود از دست رفته و فرصت‌های از دست رفته با توجه به اختلاف زیاد بین مبلغ درخواستی (۴۵-۷ میلیون GBE) و سرمایه‌گذاری اعلام شده Wena در این دو هتل.

Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. 2, Award, p 86 (2003) (noting the "considerable difference in the amount paid under the tender offer for the assets related to the Landfill US \$ 4,028,788 - and the relief sought by the Claimant, amounting to US \$ 52,000,000 ..."); Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB / 98/4. (Ruling that "the Tribunal is disinclined to grant Wena's request for lost profits and lost opportunities given the large disparity between the requested amount (GBE 45-7 million) and Wena's stated investment in the two hotels.

کارشناس با درج تمام عواملی که به طور منطقی در تأمین مالی مبلغ درخواست شده تأثیر دارند، به دنبال تصور بهترین نتیجه ممکن برای مدعی است. در واقع هیچ انگیزه‌ای برای ارزیابی و برآورد اشتباه از طرف خود کارشناس وجود ندارد زیرا به طور قطع دادگاه فرض می‌کند که کارشناسان همیشه خوش‌بین و مثبت‌اندیش اند و فقط به کسری از مبلغ حکم قانع‌اند.^۱ از طرف دیگر یک سرمایه‌گذار شخص ثالث، هنگام ارزیابی و بررسی یک داوری، به دنبال رسیدن به مقدار حدودی مبلغ حاصل از حکم است تا تعیین کند که آیا پرونده ارزش سرمایه‌گذاری دارد یا خیر.

۷ توافق

مشارکت سرمایه‌گذار شخص ثالث به خودی خود نشان‌دهنده این نیست که پرونده سریع‌تر از فرایند عادی محاکمه حل و فصل می‌شود، یا بالعکس. بر اساس تجربه، احتمال تأثیر سرمایه‌گذار شخص ثالث بر توافق طرفین کم است، همان‌طور که به طور معمول سرمایه‌گذار شخص ثالث پولی را تحت شروط سند سرمایه‌گذاری دریافت می‌کند، خواه خسارات وارده بر اساس حکم داوری پرداخت شود و یا در صورت توافق پرداخت شود. این امر را می‌توان با در نظر گرفتن مبلغ پیشنهادی توافق در مقابل وضعیت فعلی پرونده، متوجه شد. سه فرضیه اساسی وجود دارد که باید در نظر گرفته شود:

- ۱) پرونده در مسیر درستی قرار دارد و احتمالاً سرمایه‌گذار شخص ثالث و مدعی به طور قابل توجهی جبران خسارت می‌خواهند.
- ۲) پرونده از نظر منافع قوی است اما به دلیل خسارات به وجود آمده از ارزش آن کم می‌شود.
- ۳) به خاطر خسارت کنونی بعید است که پرونده موفقیت‌آمیز باشد یا برای شخصی قابل جبران باشد.

در هر فرضیه‌ای که پیشنهاد توافق مطابق با انتظارات فعلی باشد (یعنی ارزش تخمینی حکم)، انگیزه سرمایه‌گذار شخص ثالث برای پیش بردن توافق بیشتر می‌شود، و اگر مدعی مخالفت کند، ممکن است یک ارزیاب مستقل انتخاب و بکار گرفته شود. این احتمال وجود دارد که ارزیاب

۱- تحقیقات خسارت داوری بین المللی: کاهش شکاف بین مدعیان و پاسخ دهندگان (۲۰۱۵).

مستقل با نظر سرمایه‌گذار شخص ثالث موافق باشد که توافق بهترین تصمیم تجاری باشد. این امر هم برای سرمایه‌گذار و هم برای سرمایه‌گذار شخص ثالث حیاتی است؛ زیرا به آن‌ها اطمینان می‌دهد که بدون استفاده از ارزیاب مستقل، مجبور به انجام هرگونه توافق خود مختار نخواهند بود. طبق فرضیه‌های ۱ و ۳ (که بالاتر توضیح داده شد)، عدم توافق بین مدعی و سرمایه‌گذار بعید است زیرا برای همه طرف‌ها از جمله وکلای مدعی، کاملاً واضح و مشهود خواهد بود که امید و دور نمای نتیجه حکم همچنان خوب خواهد ماند یا احتمال از دست رفتن آن وجود دارد. در فرضیه ۳، پیشنهاد "رها کردن پرونده"، احتمالاً به جای از دست دادن سرمایه پس از نتیجه بد و نامطلوب برای مدعی و سرمایه‌گذار قابل قبول خواهد بود. در فرضیه ۲، عدم توافق محتمل‌تر به نظر می‌رسد، زیرا یک سند سرمایه‌گذاری معمول می‌تواند باعث شود تا سرمایه‌گذار حتی در صورت جبران جزئی و کوچک بیشتر مبلغ حکم را دریافت کند؛ اما این نوع پرونده یکی از پرونده‌هایی است که معمولاً سرمایه‌گذار از انتخاب آن اجتناب می‌کند، سرمایه‌گذار فقط پرونده‌هایی را انتخاب می‌کند که خسارت‌های مالی منطقی تحت شروط سند سرمایه‌گذاری داشته باشند و قابل جبران باشند.

۸ نتیجه‌گیری

پیشرفت‌ها و تغییرات اخیر در مقررات داخلی، سرمایه‌گذاری شخص ثالث را به‌طور کلی در رأس داوری بین‌المللی، و به‌ویژه در داوری سرمایه‌گذاری قرار داده است. سرمایه‌گذاری شخص ثالث از یک فرایند سرمایه‌گذاری به یک ابزار (روش) گسترده تأمین مالی مورد استفاده در داوری بین‌المللی تبدیل شده است.

سرمایه‌گذار شخص ثالث یک سرمایه‌گذار در حوزه دعوی‌ها و مطالبات مالی است که قبل از دادگاه یا دادگاه داوری عمل می‌کند. با مشارکت سرمایه‌گذار شخص ثالث، مدعی (مطالبه‌کننده) ممکن است منابع لازم را مورد استفاده قرار داده و در مرافعه یا داوری دعوی دخالت کند. در

۱- پیشنهاد "دست‌اندازی" به پیشنهادی اطلاق می‌شود که معمولاً توسط یک متهم به یک مدعی برای تسویه یک ادعا انجام می‌شود بر این اساس که هر یک از طرفین تمام هزینه‌های خود را پوشش می‌دهند.

عوض، به سرمایه‌گذار شخص ثالث وعده داده شده که اگر دعوی موفق باشد، بخشی از سود به او پرداخت شود و اگر دعوی موفق نباشد، سرمایه‌گذار سرمایه‌گذاری شخص ثالث، به جای مدعی، متحمل هزینه‌های مشارکت در دعوی و یا داوری شود. مفهوم و اصول سرمایه‌گذاری شخص ثالث همچنین به تحلیل مداخله محاکم در رابطه میان سرمایه‌گذار شخص ثالث و نیز تخصیص هزینه‌های داوری می‌پردازد؛ و به این نکته خواهد پرداخت که آیا قوانین شفاف‌سازی به‌منظور تضمین رعایت اصل برابری هست یا نه.

برای مثال، در حال حاضر دولت‌ها مقرراتی را در قراردادهای سرمایه‌گذاری و اسناد تجارت آزاد قرار داده‌اند که به افشا و شفاف‌سازی سرمایه‌گذاری شخص ثالث نیاز دارند.

علاوه بر این، سرمایه‌گذاری غیرانتفاعی (عام‌المنفعه) یا ایدئولوژیکی احتمالاً در داوری سرمایه‌گذاری بیشتر رواج پیدا خواهند کرد، مخصوصاً با توجه به اینکه موضوعات سیاسی در این پرونده‌ها اغلب در سمت مدافع دخیل هستند.

داده‌های تجربی کمی در مورد پیامدهای رفتاری مشارکت سرمایه‌گذار شخص ثالث وجود دارد، مجموعه‌ای از تحقیقات در مورد تأثیر سرمایه‌گذار شخص ثالث وجود دارد که طبق آن‌ها می‌توان نتیجه گرفت، شخص ثالث به احتمال زیاد:

- ریسک شکست خوردن پرونده را بیشتر جلوه می‌دهد و یا همه احتمال‌های موفقیت آن را فاش نمی‌کند.
- فقط بر دعاوی که مبلغ خسارت آن‌ها بالا است سرمایه‌گذاری می‌کند.
- ترجیح می‌دهد بر پرونده‌هایی که بازده بالایی خواهند داشت سرمایه‌گذاری کند؛ و بنابراین ریسک متمرکزی را با ارزیابی پذیرش پرونده مدعی، از طریق بهینه‌سازی تلاش‌های خود در بررسی به‌منظور به حداقل رساندن خطر انتخاب نامطلوب انجام می‌دهد.
- به اطلاعات ضروری مدعی برای ارزیابی ارزش ادعا دسترسی خواهد داشت و با افزودن بندهایی که ریسک ناشی از بررسی این اطلاعات را بر عهده مدعی خواهند گذاشت، از بروز اشتباه جلوگیری خواهد کرد.
- در صورتی که احساس کند افشاسازی این قرارداد ممکن است بر تصمیم داوران در خصوص تعیین هزینه‌ها، خسارات، مقصر پرونده و احتمال بی‌توجهی قربانی تأثیر بگذارد، سعی می‌کند قرارداد شخص ثالث را محرمانه نگه دارد.

- اگر احساس کند مدعی یا وکیل او از یک استراتژی مناسب استفاده نمی‌کنند، ممکن است سعی کند استراتژی ادعا را کنترل کند.
- بر هزینه‌های مشاور حقوقی نظارت و آن را کنترل می‌کند (که احتمالاً شدیدترین حالت آن در قانون آمریکایی، سپس قانون آلمانی و در نهایت ضعیف‌ترین حالت آن تحت قانون انگلیسی رخ خواهد داد)
مدعی به احتمال زیاد:
- یک بار دیگر مزایا و معایب پیگیری قضایی را قبل از پذیرفتن یک قرارداد تأمین مالی شخص ثالث می‌سنجد.
- سعی می‌کند اطلاعاتی که باعث کاهش میل شخص ثالث به تأمین مالی پرونده می‌شود را برای او فاش نکند.
طرف پاسخگو به احتمال زیاد:
- در صورت آگاهی از وجود یک قرارداد تأمین مالی شخص ثالث؛ مبلغ بیشتری را برای حل فصل به مدعی پیشنهاد می‌دهد (عملکرد شخص ثالث به عنوان اهرم فشار)
- سعی در کشف اختلافات موجود بین مدعی و شخص ثالث به منظور به چالش کشیدن همکاری آن‌ها می‌کند.
- در پایان، احتمالاً روش‌های سرمایه‌گذاری شخص ثالث و انواع نهادهای ارائه‌دهنده آن در داوری بین‌المللی و داوری سرمایه‌گذاری به پیشرفت و گسترش خود ادامه می‌دهند.

Reference

- [1] Aren Goldsmith & Lorenzo Melchionda, The ICC's Guidance Note on Disclosure and Third - Party Funding: A Step in the Right Direction (2016), <http://kluwerarbitrationblog.com> (2016) the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction.
- [2] Biloune & Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Inv. Center & Gov't of Ghana, UNCITRAL Arbitration Proceeding, Award of Damages and Costs (1990), pp. 211- 223.
- [3] Brabandere & Lepeltak, supra note 76, (2012). p 379.
- [4] CAMPAIGN FOR TOBACCO - FREE KIDS, INTERNATIONAL: http://global_tobaccofreekids.org/en/about_us/trade_litigation_fund/; Sabrina Tavernise, New Global Fund to Help Countries Defend Smoking Laws, N.Y.

- TIMES (2015).
- [5] Campbell McLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration - Substantive Principles*, Oxford: Oxford University Press (2007).
- [6] Eric De Brabandere & Julia Lepeltak, Third - Party Funding in International Investment Arbitration. (2012). P 379- 382
- [7] EU Vietnam FTA, Ch. 8. Ch. 11. V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB / 12/6, Procedural Order No. 3 (2015) .pp 2, 11.
- [8] Free Trade Agreement between the European Union and the Socialist Republic of Vietnam [hereinafter EU - Vietnam FTA], Ch. 8, Ch. 11 (2016).
- [9] Honlet, supra note 44, (2015) p 708.
- [10] IBA Guidelines on Conflicts of Interest, 13-4 (General Standard 6 (b), commentary (b)), 15-6 (General Standard 7 (a), commentary (a)).
- [11] ICC Commission on Arbitration and Alternative Dispute Resolution, Commission Report: Decisions on Costs in International Arbitration (2015). <https://iccwbo.org/publication/decisions-on-costs-in-international-arbitration-icc-arbitration-and-adr-commission-report/>.
- [12] International bar Association, Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, (2014). Pp5-14
- [13] International Court of Arbitration, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration Under the ICC Rules of Arbitration 24 (Mar. 1, 2017), <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration.pdf>
- [14] J.H. McLaughlin, 'Litigation Funding: Charting a Legal and Ethical Course', 31 *Vt. L.Rev.* (2007).
- [15] Jean - Christophe Honlet, Recent decisions on third - party funding in investment arbitration, (2015).p30.
- [16] John Y. Gotanda, 'Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations', 21 *Michigan Journal of International Law* (1999).
- [17] Jonas von Goeler, case X v. Y and Z (2012), p126, 2 LE CAHIERS DE L'ARBITRAGE (2013).pp 399 -416
- [18] Katia Yannaca-Small, *Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues*, New York: Oxford University Press (2010).
- [19] Kilim Inset Inhalant Hirkata Sanai ve Ticaret Anonim Şirketi v Turkmenistan, ICSID Case No. ARB / 10/1, (2013).
- [20] Michael R. Bloomberg and Matthew L. Myers, http://www.tobaccofreekids.org/press_releases/post/2016_07_08_uruguay. (2016)
- [21] Muhammad Cap & Sehil İnşaat Industry and Trade Ltd. Sti. V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB / 12/6, Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction under Article VII (2) of the Turkey Turkmenistan Bilateral Investment Treaty, 50 (2014) (quoting Procedural Order No. 2, (2015). p 10.

- [22] Muhammet Çap & Sehil İnşaat Industri ve Ticaret Ltd. Sti. V. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB / 12/6, (2015).P2.
- [23] Oxus Gold; Republic of Uzbekistan, UNCITRAL Arbitration Proceeding, Final Award (2015).
- [24] Philip Morris Brands Sàrl et al. V. Oriental Republic of Uruguay.
- [25] Pricewaterhouse Coopers, International Arbitration damages research: Closing the gap between claimants and respondents (2015), <https://www.pwc.com/sg/en>
- [26] Quasar de Valores SICAV S.A. et al. v. Russian Federation, (2012).
- [27] Quasar de Valores SICAV SA.et al. V. The Russian Federation, SCC Arbitration No.24/2007, Award of (20July 2012).
- [28] ROGERS, James. CIETAC Hong Kong consults on draft guidelines on Third-Party Funding. *KluwerArbitration* [online]. © (2018) Kluwer Law International, a Wolters Kluwer Company, published 13 August (2016), [cit. 5. 5. 2018]. Available at: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/08/13/cietac-hong-kong-consultson-draftguidelinesonthirdpartyfunding/?_ga=2.194759534.2%E2%80%A6
- [29] Rupert Jackson, *Review of Civil Litigation Costs - Preliminary Report*, London: (2009).
- [30] S & T Oil Equipment & Machinery, Ltd. Et et al. v. Juridica Inv. Ltd. et al. , (2012) p 481.
- [31] South Am. Silver Ltd. Plurinational of Bolivia, PCA Case No. 15. (2013) Claimant's Opposition to Bolivia's Request for Cautio Judicatum Solvi and Disclosure of Information. (2015). pp 38- 40
- [32] Transatlantic Trade and Investment Partnership, European Commission proposed draft, ch. 11, pp 1- 8 (2015).
- [33] VON GOELER, JONAS; THIRD - PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION AND ITS IMPACT ON PROCEDURE, (2016), p127.