

ในขณะที่สหรัฐอเมริกาได้เสนอว่าการกำหนดให้ใช้คำว่าสินไหมทดแทนที่ “ทันที เพียงพอและมี ประสิทธิภาพ” (appropriate) แต่สหรัฐอเมริกาก็ได้ลงมติสนับสนุนข้อมติขณะที่ได้ประกาศว่าคำ ต่าง ๆ นั้นมีความหมายเหมือนกัน

2. เอกสารของ U.N. ที่เกี่ยวข้องกับประเด็นของค่าสินไหมทดแทนสำหรับทรัพย์สินที่ ถูกเวนคืน คือ ข้อมติของที่ประชุมใหญ่ที่ 3281 The Charter of Economic Rights and Duties of States (CERDS) Article 2.2 (c) ได้รับการรับรองในปี 1974 โดยการลงมติ 120 ต่อ 6 เสียง (ซึ่ง 6 เสียงที่คัดค้านได้แก่ สหรัฐอเมริกา, สหราชอาณาจักร สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน, เบลเยียม, เดนมาร์ก และลักเซมเบิร์ก) กับอีก 10 ประเทศที่งดออกเสียง CERDS กำหนดว่าแต่ละรัฐมีสิทธิที่จะ โอนกิจการเป็นของรัฐ เว้นกิจการหรือโอนความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินของชาวต่างชาติ ใน กรณีค่าสินไหมทดแทนที่เหมาะสมจะต้องได้รับการจ่ายโดยรัฐที่ใช้มาตรการดังกล่าว โดยคำนึงถึง กฎหมายและระเบียบและสภาพแวดล้อมทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง ที่รัฐได้พิจารณาถึงความเหมาะสม แล้ว ในกรณีใด ๆ ที่มีปัญหาหรือข้อโต้แย้งในเรื่องของค่าสินไหมทดแทน ข้อโต้แย้งนั้นจะได้รับการ ระบายภายใต้กฎหมายภายในของรัฐที่โอนกิจการเป็นของรัฐและโดยศาลของรัฐนั้น ๆ ถ้าไม่มี ข้อตกลงร่วมกันโดยรัฐทั้งหมดที่เกี่ยวข้องที่วิธีการโดยสันติจะได้รับการแสวงหาบนหลักการของ อธิปไตยที่เท่าเทียมกันของรัฐและในความสอดคล้องกับหลักการของการเลือกวิธีอย่างอิสระ

ในตอนต้นข้อมติ 1803 (ปี 1962) อ้างอิงกฎหมายระหว่างประเทศและดูเหมือนว่าจะ สนับสนุนมุมมองของค่าสินไหมทดแทนแบบประเพณีนิยม และข้อมติ 3281 (ปี 1974) CERDS สนับสนุนมุมมองที่ว่า ค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนไม่ได้รับการกำหนดโดยกฎหมายระหว่าง ประเทศ CERD ไม่สนใจถ้อยแถลงของ U.N. ก่อนหน้านี้ที่ว่า ค่าสินไหมทดแทน “ที่เหมาะสม” จะต้องได้รับการกระทำ “ตามกฎหมายระหว่างประเทศ” โดยสนับสนุนหลักการที่ว่าค่าสินไหม ทดแทนจะได้รับการวินิจฉัยทั้งหมดภายใต้กฎหมายภายในของรัฐผู้รับการลงทุน²

2. Thomas J. Lang. “Satisfaction of Claims Against Vietnam for the Expropriation of U.S. Citizens’ Property in South Vietnam in 1975 “, Cornell International Law Journal, Winter, 1995, pp.279 – 280.

4.1.2 ค่าสินไหมทดแทนตาม World Bank

ค่าสินไหมทดแทนหรือเงินค่าชดเชยสำหรับการลงทุนที่ถูกยึดโดยรัฐ จะต้องมีความ “เหมาะสม” (appropriate) โดยค่าสินไหมทดแทนต้องมีความเพียงพอ (adequate) มีประสิทธิผล (effective) และจ่ายทันที (prompt) ³

ค่าสินไหมทดแทนจะมีความ “เพียงพอ” (adequate) ในกรณีที่ค่าสินไหมทดแทนคิดในมูลค่าราคาตลาดของทรัพย์สินที่ถูกยึด จะต้องคิดในเวลาทันทีก่อนเวลาที่จะเกิดการยึดทรัพย์สินหรือการตัดสินใจยึดทรัพย์สินเป็นที่รับทราบโดยทั่วกัน

มูลค่าราคาตลาดจะได้รับการยอมรับ ในกรณีที่ได้นำมาดำเนินการตามวิธีที่ได้ตกลงกันระหว่างรัฐและผู้ลงทุนต่างชาติหรือโดยศาลหรือองค์กรอื่น ๆ ที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณี

ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงร่วมกันโดยคู่กรณี มูลค่าราคาตลาดจะได้รับการยอมรับ ถ้าได้รับการตัดสินโดยรัฐตามหลักเกณฑ์ที่มีเหตุผลที่สัมพันธ์กับมูลค่าราคาตลาดของการลงทุน เช่น ในจำนวนที่ผู้ขายพอใจที่จะขายให้กับผู้ซื้อที่เต็มใจซื้อ หลังจากที่ได้คำนึงถึงลักษณะการลงทุน สถานการณ์ที่อาจดำเนินการในอนาคตและคุณลักษณะพิเศษของการลงทุนประกอบกับระยะเวลาที่การลงทุนยังคงดำเนินอยู่ สัดส่วนของทรัพย์สินมีตัวตนในการลงทุนทั้งหมดและปัจจัยที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ที่ตรงกับเหตุการณ์เฉพาะของแต่ละกรณีไป

ค่าสินไหมทดแทนจะได้รับการพิจารณาว่า “มีประสิทธิผล” (effective) ในกรณีค่าสินไหมทดแทนจ่ายในสกุลเงินที่นำมาโดยผู้ลงทุนที่ยังคงเหลือสามารถแปลงค่าได้ในอีกสกุลหนึ่งที่ได้รับการระบุที่สามารถใช้ได้โดยอิสระโดยกองทุนการเงินระหว่างประเทศหรือในการยอมรับสกุลเงินอื่น ๆ โดยนักลงทุน

ค่าสินไหมทดแทนจะได้รับการพิจารณาว่าจ่าย “ทันที” (prompt) ในเหตุการณ์ที่เป็นปกติ ถ้าจ่ายโดยไม่ล่าช้า

ในกรณีที่รัฐเผชิญกับเหตุการณ์ที่เป็นข้อยกเว้น ค่าสินไหมทดแทนในเงินสกุลที่ระบุ อาจได้รับการจ่ายเป็นงวด ๆ ภายในระยะเวลาที่สั้นที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้และไม่ว่ากรณีใด ๆ ก็จะไม่เกิน 5 ปี นับจากเวลาที่ยึดทรัพย์สินและหากการจ่ายเป็นงวดนั้น ล่าช้าออกไปอีกก็จะมี การคิดดอกเบี้ยในเงินสกุลเดียวกัน ⁴

3. Ibrahim F.I.Shihata, *Ibid*, p.161.

4. Ibrahim F.I.Shihata, *Ibid*, p.163.

4.1.3 ค่าสินไหมทดแทนตาม OECD

ใน Article 3 (iii) ของร่าง convention on The Protection of Foreign property ได้ระบุถึงค่าสินไหมทดแทนที่ยุติธรรม (just compensation) ว่าค่าสินไหมทดแทนที่ยุติธรรมนั้นจะแทนมูลค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินที่ได้รับผลกระทบ ค่าสินไหมทดแทนจะได้รับการจ่ายโดยไม่มีการล่าช้าและจะโอนในจำนวนเท่าที่จะเป็นในการทำให้ค่าสินไหมทดแทนมีประสิทธิภาพ⁵

ค่าสินไหมทดแทนที่ยุติธรรม⁶

ก) มาตรฐานของค่าสินไหมทดแทนที่ยุติธรรม มีความหมายเป็นนัยว่าค่าสินไหมทดแทนจะแสดงถึง “มูลค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินที่ได้รับผลกระทบ” ณ เวลาที่ทรัพย์สินถูกยึด สิ่งนี้จะสอดคล้องกับมูลค่าราคาตลาดที่ยุติธรรม โดยไม่มีการหักใด ๆ เช่น ภาษีหรือค่าธรรมเนียม นอกจากนี้ มูลค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินที่ได้รับผลกระทบจะยังคงไม่ได้รับผลกระทบโดยปัจจัยอื่น ๆ เช่น ค่าเสื่อมราคา

ข) มูลค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินจะต้องได้รับการอ้างอิงจากคณะบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายหน้าที่ในการประเมินค่าสินไหมทดแทน ซึ่งอาจเป็นการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน หรือวิธีการสืบราคา มูลค่าที่แท้จริงที่จะได้รับการประเมินจะต้องบวกดอกเบี้ยนับจากวันที่ทรัพย์สินถูกยึดจนถึงวันที่จ่ายค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่เหมาะสม มูลค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินก็อาจคำนวณกำไรเข้าไปด้วย

การจ่ายโดยไม่ล่าช้า

ค่าสินไหมทดแทนจะต้องได้รับการจ่ายโดย “ไม่มีการล่าช้าเกินควร” สิ่งนี้ไม่กระทบการปฏิบัติตามกฎหมาย หลังจากที่มาตราการตัดสิทธิในทรัพย์สินได้เกิดขึ้น นอกจากนี้ ใน Article 3 (iii) ยังได้กำหนดว่ามาตรการต่าง ๆ ที่ใช้ยึดทรัพย์สินจะต้องไปด้วยกันกับข้อกำหนดการจ่ายค่าสินไหมทดแทน⁷

5. Organization for Economic Co – operation and Development (OECD), Draft Convention on The Protection of Foreign Property, Article 3 (iii), p.17.

6. See, Keith Highet, George Kahale, III and Merritt R.Blakeslee, “International Claims – Expropriation – Standard of Compensation – Prompt, Adequate and Effective Versus Appropriate Compensation”, American Journal of International Law, April, 1995,pp.385-389.

7. OECD, *supra* note 4, p.21.

ความมีประสิทธิภาพและการโอนเงิน

ค่าสินไหมทดแทนจะได้รับการจ่ายในรูปแบบที่เป็นการใช้ได้จริงหรืออาจกล่าวได้ว่าค่าสินไหมทดแทนต้องมีประสิทธิภาพ สำหรับคนรับ ในบางกรณีค่าสินไหมทดแทนรูปแบบที่ไม่สามารถโอนได้ อาจมีประสิทธิภาพ ในบางกรณี เช่น ในกรณีของบุคคลซึ่งอาศัยอยู่อย่างถาวรในประเทศที่เวนคืนกิจการ ณ เวลาที่มีการเวนคืนกิจการ ผู้ที่อาศัยอยู่ต่อไปในประเทศนั้น ก็มีความเป็นไปได้ที่จะลงทุนใหม่ด้วยเงินทุนที่ได้รับเป็นค่าสินไหมทดแทนในประเทศที่เขาอาศัยอยู่ หรือในกรณีอื่น บุคคลที่เกี่ยวข้องอาจมีการติดต่อกับประเทศอื่น ๆ นอกเหนือจากประเทศที่เวนคืนกิจการ ในกรณีจำเป็นจะต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนมีประสิทธิภาพสำหรับผู้ลงทุนตาม Article 3 (iii) ค่าสินไหมทดแทนจะต้อง “โอนในจำนวนเท่าที่จำเป็นในการทำให้ค่าสินไหมทดแทนมีประสิทธิภาพ” สำหรับบุคคลที่เกี่ยวข้อง⁸

4.2 ค่าสินไหมทดแทนในมุมมองต่างๆ

4.2.1 ค่าสินไหมทดแทนในมุมมองของประเทศผู้ลงทุน⁹

ขอบเขตของค่าสินไหมทดแทนสำหรับการโอนกิจการเป็นของรัฐได้เป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นเรื่องหนึ่งที่มีการโต้เถียงกันมากที่สุดของกฎหมายระหว่างประเทศ ในระยะแรก ๆ มุมมองเกี่ยวกับค่าสินไหมทดแทนก็มีความสอดคล้องกันดี โดยมีการยืนยันว่านักวิชาการชั้นนำได้สนับสนุนอย่างมีน้ำหนักถึงความเห็นที่ว่า ค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนควรได้รับการจ่ายในการโอนกิจการทรัพย์สินของคนต่างชาติมาเป็นของรัฐ ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมาความเห็นที่หลากหลายก็ได้เกิดขึ้น ซึ่งไม่สามารถยืนยันด้วยความมั่นใจใด ๆ ได้ว่า ค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนนั้นไปอยู่ข้างใดข้างหนึ่งโดยเฉพาะ หลักฐานในเรื่องนี้สามารถเห็นได้อย่างง่าย ๆ ที่สหรัฐอเมริกา ที่ซึ่งเป็นที่ตั้งของแนวคิดที่มั่นคงว่า ค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนจะต้องจ่ายในกรณีของการโอนกิจการการลงทุนของชาวต่างชาติมาเป็นของรัฐ แต่ก็ได้มีความเห็นทางวิชาการในเรื่องนี้ เห็นแตกต่างกันไป ซึ่งขอเรียกรวบรวมต่าง ๆ จะได้รับการตรวจสอบ

8. OECD, *Ibid*, pp.21 – 22.

9. M. Sornarajah, "The International Law on Foreign Investment", Cambridge University Press, 1994, p.359.

ข้อเรียกร้องที่ว่า การจ่ายค่าสินไหมทดแทนต้องจ่าย “ทันที (prompt) เพียงพอ (adequate) และมีประสิทธิผล (effective)”

ข้อเรียกร้องของค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนหรือเพียงพอนี้ ได้รับการสนับสนุนโดยรัฐผู้ส่งออกเงินทุนเป็นจำนวนมาก สำหรับเหตุผลที่ชัดเจนว่าข้อเรียกร้องนี้ จะสามารถให้ความคุ้มครองที่ดีที่สุดสำหรับเงินทุนที่ทิ้งไว้ในประเทศต่าง ๆ ที่รับการลงทุนจากต่างประเทศ ถ้ามูลค่าเต็มของทรัพย์สินซึ่งถูกโอนไปเป็นของรัฐ รวมถึงรายได้ที่คาดว่าจะได้รับของการลงทุนต่างประเทศ ถูกแทนที่อย่างทันทีในสกุลเงินซึ่งแปลงค่าได้ นักลงทุนต่างประเทศก็จะไม่ได้รับความเสียหายใด ๆ และเงินทุนก็อาจนำไปลงทุนใหม่หรือนำกลับประเทศ

สูตรการจ่ายค่าสินไหมทดแทนแบบ “ทันที เพียงพอและมีประสิทธิผล” ได้นำมาใช้เป็นครั้งแรกโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกา นาย Cordial Hull ในช่วงการเวนคืนกิจการของประเทศเม็กซิโกและได้รับการอ้างอิงเป็นการทั่วไปในงานวิชาการว่า เป็น “Hull Formula” ¹⁰ การเวนคืนกิจการของชาวเม็กซิโกมีเจตนาที่จะปฏิรูปที่ดินให้ประสบผลสำเร็จ ปัจจัยสำคัญอันหนึ่งคือเรื่องของการสื่อความ โดย Hull ไม่ได้อธิบายลักษณะของการโอนกิจการเป็นของรัฐว่าผิดกฎหมาย ซึ่งก็เท่ากับว่าเป็นการละทิ้งความเห็นเก่า ๆ ที่เห็นว่าการยึดทรัพย์สินเป็นการผิดกฎหมาย และยอมรับความเห็นที่เกิดขึ้นใหม่ว่า การยึดทรัพย์สิน เพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจนั้นถูกต้องตามกฎหมาย แต่การยึดทรัพย์สินที่ถูกต้องตามกฎหมายต้องไปด้วยกันกับการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวน การสื่อความไม่ได้อ้างถึงการจ่ายค่าสินไหมทดแทนว่าเป็นเงื่อนไขที่ต้องปฏิบัติก่อนการโอนกิจการเป็นของรัฐอย่างถูกกฎหมาย ในขณะที่ก่อนหน้านี้ มีความเห็นกันว่าการโอนกิจการเป็นของรัฐอาจจะไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ถ้าไม่มีการจ่ายค่าสินไหมทดแทน ความคิดเห็นที่เปลี่ยนไปเป็นแรงขับเคลื่อนของผู้ที่เห็นประโยชน์แก่สังคม ทำให้การโอนกิจการเป็นของรัฐถูกต้องตามกฎหมาย แต่จะต้องมีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนภายหลัง การโอนกิจการเป็นของรัฐ ซึ่งเป็นการเปลี่ยนความคิดเห็นไปจากเดิมโดยเห็นว่าการโอนกิจการเป็นของรัฐที่ถูกต้องตามกฎหมายเป็นสิ่งที่จะต้องดำเนินการก่อนมาตรฐานของการจ่ายค่าสินไหมทดแทน

10. See, Justin R. Mariles, “Public Purpose, Private Losses : Regulatory Expropriation and Environmental Regulation in International Investment Law”, Journal of Transnational Law and Policy, Spring 2007, p.312.

4.2.2 ค่าสินไหมทดแทนในมุมมองของประเทศผู้รับการลงทุน ¹¹

ประเทศผู้นำเข้าการลงทุนในปัจจุบันและประเทศอื่น ๆ ซึ่งเศรษฐกิจของประเทศถูกครอบงำโดยบริษัทต่างชาติ ต่างปฏิเสธที่จะยอมรับการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวน ประเทศในแถบยุโรปตะวันออก ซึ่งยึดถือลัทธิมาร์กซิสต์อย่างเหนียวแน่น เห็นว่าการโอนกิจการเป็นของรัฐไม่ได้กำหนดให้ต้องมีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนใด ๆ โดยประเทศเหล่านี้เห็นว่ามีแบบอื่น ๆ ที่ใช้โดยประเทศกำลังพัฒนาจนเป็นการปฏิบัติของรัฐและเท่ากับเป็นการปฏิเสธแบบการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวน ข้อเรียกร้องได้เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวาง และกำลังดำเนินไปในประเทศต่าง ๆ ข้อเรียกร้องที่ว่านั้นคือ เมื่อมีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนในกรณีมีการโอนกิจการเป็นของรัฐเกิดขึ้น ค่าสินไหมทดแทนจะต้องมีการจ่ายอย่างเหมาะสม (appropriate)

ข้อเรียกร้องที่ว่า การจ่ายค่าสินไหมทดแทนต้องจ่ายอย่างเหมาะสม ซึ่งข้อเรียกร้องนี้ได้รับการสนับสนุนอย่างเป็นเอกฉันท์ในข้อมติ 1803 ¹² ของที่ประชุมใหญ่สหประชาชาติ โดยมีความพยายามที่จะอธิบายการใช้คำว่า “เหมาะสม” ว่ามีความหมายเหมือนกับค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวน แต่ความพยายามนั้นให้ความหมายของคำอย่างไม่เป็นธรรมชาติและความพยายามนั้นได้ถูกจำกัดออกไปในฐานะที่เป็นความพยายามที่ไม่มีเหตุผลที่มีแรงจูงใจเพียงการรักษาผลประโยชน์ของการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวน และมีความพยายามอย่างชัดเจนที่จะทำให้ข้อมติเปลี่ยนแปลง บรรทัดฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับค่าสินไหมทดแทนในการโอนกิจการเป็นของรัฐ และการใช้คำที่เจตนาให้ หมายถึง การเปลี่ยนแปลงนั้น ข้อมติอ้างถึง “ค่าสินไหมทดแทนที่เหมาะสมตามกฎหมายระหว่างประเทศ” ซึ่งชี้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศกำหนดมาตรฐานว่าอะไรคือความเหมาะสม ข้อมติไม่ได้ปฏิเสธความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะเป็นปัจจัยควบคุมในการตัดสินค่าสินไหมทดแทนที่เหมาะสม

มีข้อติมากมายที่พยายามกำหนดว่าค่าสินไหมทดแทนที่เหมาะสมว่าเป็นอย่างไร บางข้อติก็ไม่ได้ได้รับการสนับสนุนจากประเทศผู้ส่งออกการลงทุน อย่างไรก็ตามค่าสินไหมทดแทนที่เหมาะสม เป็นสิ่งที่อ้างอิงถึงมาตรฐานที่ยึดหยุ่น ซึ่งจะมีขอบเขตจากการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวน ไปจนถึงการไม่จ่ายค่าสินไหมทดแทนในทุก ๆ สถานการณ์ที่ผู้ลงทุนต่างชาติได้รับกำไรที่เกินควรจากการลงทุนและประเทศผู้รับการลงทุนไม่ได้ผลประโยชน์ในทุกอย่างจากการลงทุนเลย ¹³

11. M.Sornarajah, *supra* note 9, p.402.

12. Thomas J.Lang, *supra* note 2, pp.279 - 280.

13. M.Sornarajah, *supra* note 9, p.406.

4.3 ข้อกำหนดด้านการจ่ายค่าสินไหมทดแทนของ MIGA

4.3.1 ข้อกำหนดด้านการจ่ายค่าสินไหมทดแทนในอนุสัญญา

ใน Article 17 ของอนุสัญญา MIGA ได้กำหนดเรื่องการชำระค่าสินไหมทดแทนไว้ว่า ประธานโดยการชี้แนะของคณะกรรมการประธานจะวินิจฉัยในการชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันตามสัญญาประกันและนโยบายต่าง ๆ ซึ่งคณะกรรมการกำหนด สัญญาประกันต้องกำหนดว่า ก่อนที่สถาบันจะชำระค่าสินไหมทดแทนให้ นั้น ผู้เอาประกันต้องดำเนินการให้ได้มาซึ่งการเยียวยาในทางปกครองตามควรแก่กรณีเสียก่อน ทั้งนี้การเยียวยาทางปกครองตามกฎหมายของประเทศ ผู้รับการลงทุนต้องมีอยู่พร้อมสำหรับผู้เอาประกันสัญญาดังกล่าว ซึ่งอาจกำหนดช่วงระยะเวลาที่เหมาะสมระหว่างเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องกับการจ่ายค่าสินไหมทดแทน¹⁴

เพื่อให้มั่นใจถึงความพร้อมที่จะจ่ายค่าสินไหมทดแทนทันที ประธานจะเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดโดยการวินิจฉัยจะต้องสอดคล้องกับสัญญาและนโยบายตามที่คณะกรรมการยอมรับ และในกรณีที่ข้อพิพาท การวินิจฉัยขั้นสุดท้ายอาจขึ้นอยู่กับผลของคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาได้เสนอข้อพิพาท เพื่อตัดสินชี้ขาดที่เป็นที่สุด ทำให้เห็นว่านโยบายนี้จะบังคับผู้เอาประกันมองหาการเยียวยาทางการบริหารที่อาจเหมาะสมภายใต้สถานการณ์ต่าง ๆ ซึ่งถ้าผู้เอาประกันใช้การเยียวยาภายใต้กฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุน และอาจกำหนดช่วงระยะเวลาที่เหมาะสมที่จะระงับข้อพิพาทอย่างสมานฉันท์ระหว่าง ผู้ลงทุนและประเทศผู้รับการลงทุนเป็นที่คาดกันว่า ข้อจำกัดด้านเวลา ที่ถูกรวมเข้าไว้ในสัญญาประกัน ซึ่งอาจจะตรงกันกับทางปฏิบัติของผู้รับประกันความเสี่ยงทางการเมืองรายอื่น ข้อกำหนดนี้สะท้อนให้เห็นถึงการปฏิบัติของกรอบการประกันการลงทุนของชาติ และไม่ควรกำหนดให้เป็นภาระของผู้ลงทุน โดยเหตุที่พวกเขาไม่เรียกร้องให้เยียวยาภายในจนหมดสิ้น ก่อนที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนจากสถาบัน ข้อจำกัดด้านเวลานี้ จะขึ้นอยู่กับแบบของความเสี่ยงที่รับประกันและความซับซ้อนของกรณีพิเศษ ข้อจำกัดด้านเวลาข้างบน จะต้องแตกต่างจากช่วงเวลาที่มากที่สุดที่ได้รับอนุญาตระหว่างสิ่งที่อยู่ในค่าสินไหมทดแทนและการวินิจฉัยของสถาบันในเรื่องค่าสินไหมทดแทน ข้อจำกัดด้านเวลานี้ จะไม่ถูกระบุไว้ในอนุสัญญาเนื่องจากความยากในการวินิจฉัยช่วงเวลาพิเศษ ซึ่งอาจจะเหมาะสมในทุก ๆ สถานการณ์ อย่างไรก็ตามสถาบันอาจตั้งข้อจำกัดด้านเวลาไว้ในกฎระเบียบและอาจรวมไว้ในสัญญาประกัน เพื่อเพิ่มความดึงดูดใจให้มาใช้บริการ

14. Convention Establishing The Multilateral Investment Guarantee Agency, Article 17.

4.3.2 ข้อกำหนดด้านการจ่ายค่าสินไหมทดแทนในข้อบังคับการปฏิบัติงาน

Operational Regulations)

4.3.2.1 การเตรียมการของสถาบัน

เมื่อประเทศผู้รับการลงทุนฝ่าฝืนสัญญาประกันหรือสัญญาประกันต่อและ เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายที่ได้รับการคุ้มครอง ผู้ลงทุน (ผู้เอาประกัน) มีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากสถาบัน สถาบันต้องมุ่งไปที่การสนับสนุนวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้

1. สถาบันต้องรักษาฐานะทางการเงินที่ดีและความพยายามที่จะจ่ายค่าสินไหมทดแทนจากเงินรายได้ เงินที่เก็บไว้และเงินค่าธรรมเนียมที่ได้รับเป็นเงินสด
2. สถาบันต้องแนะนำและรักษาความมั่นใจของผู้ลงทุนในการคุ้มครองการรับประกันของสถาบัน
3. สถาบันต้องสนับสนุนให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาในการลงทุนที่รับประกันและการลงทุนให้เพิ่มขึ้นในประเทศผู้รับการลงทุน¹⁵ แม้ประเทศผู้รับการลงทุนนั้นได้ฝ่าฝืนสัญญาประกันก็ตาม

นอกเหนือจากวัตถุประสงค์ดังกล่าว สถาบันต้องร่วมมือกับผู้เอาประกันและประเทศผู้รับการลงทุนที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายที่ได้รับการคุ้มครอง และต้องเตรียมการสำหรับการจัดเจรจา (good office) ในการระงับข้อพิพาทระหว่างผู้เอาประกันและประเทศผู้รับการลงทุนด้วย และประเมินค่าสินไหมทดแทนตามหลักการที่มีคุณธรรมและพร้อมที่จะจ่ายค่าสินไหมทดแทนได้ทันที สถาบันต้องกำหนดให้ผู้เอาประกันปกป้องทรัพย์สินของผู้เอาประกันและรักษา พร้อมทั้งติดตามสิทธิอย่างแข็งขันราวกับว่าผู้เอาประกันไม่ได้ประกันการคุ้มครองใด ๆ ยิ่งไปกว่านั้น ผู้เอาประกันต้องติดตามการจ่ายเงินชดเชยจากประเทศผู้ลงทุนและใช้ความพยายามตามสมควรที่จะบรรลุถึงการระงับข้อพิพาทอย่างสมานฉันท์¹⁶

4.3.2.2 การปฏิบัติของสถาบัน

15. Operational Regulations (As amended by the Board of Directors Through October 1, 2007), paragraph 4.01.

16. Ghassan Ossman, "Legal and Institutional Aspects of The Multilateral Investment Guarantee Agency As The Fifth Affiliate of The World Bank Group", Journal of International Banking Law, 1996, p.382.

เมื่อสถาบันได้รับการบอกกล่าวของเหตุการณ์ใด ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความสูญเสียที่ได้รับการคุ้มครองหรือการเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญของสิ่งที่มีท่าทางจะทำให้เกิดความเสียหายอย่างฉับพลัน หรือการรับทราบโดยวิธีการอื่นของเหตุการณ์ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายที่ได้รับการคุ้มครอง เพื่อความเหมาะสม สถาบันจะปรึกษากับรัฐผู้รับการลงทุนและผู้เอาประกันในการหาหนทางที่จะปิดเป้าหรือกลบเกลื่อนข้อเรียกร้องสิทธิ

เมื่อได้รับข้อเรียกร้องสิทธิภายหลังจากที่ได้ตรวจสอบข้อเรียกร้องในเบื้องต้น สถาบันจะ

- 1) แนะนำผู้เอาประกันถึงหลักฐานใด ๆ ซึ่งอาจต้องใช้ยืนยันข้อเรียกร้อง
- 2) ปรึกษากับผู้เอาประกันในการดำเนินการต่อไป ซึ่งอาจจะเป็นการให้ความสะดวกในการถอนข้อเรียกร้องหรือลดข้อเรียกร้องลงและยังคงรักษาสีทธิของผู้เอาประกันที่มีต่อประเทศผู้รับการลงทุนหรือคู่สัญญาอื่น
- 3) ปรึกษากับรัฐบาลผู้รับการลงทุนอย่างละเอียดและสมบูรณ์ในเรื่องข้อมูลที่จัดหาโดยผู้เอาประกันที่เกี่ยวกับข้อเรียกร้องและมาตรการซึ่งอาจใช้ช่วยอำนวยความสะดวกในการถอนหรือลดข้อเรียกร้องประกอบการเข้าประนีประนอมโดยสถาบันในการเจรจาระหว่างรัฐบาลผู้รับการลงทุนและผู้เอาประกัน¹⁷

4.3.2.3 การยื่นขอรับค่าสินไหมทดแทน

สัญญาประกันจะกำหนดให้ผู้เอาประกันเตรียมเอกสารซึ่งประกอบด้วยพยานหลักฐานในขณะที่เกิดเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่ได้รับการคุ้มครองและสรุปความเสียหายนั้น สถาบันจะแนะนำผู้เอาประกันทันทีถึงข้อมูลที่จำเป็นต้องตั้งข้อเรียกร้องและอำนวยความสะดวกในการเจรจาระับข้อพิพาทกับประเทศผู้รับการลงทุน

สัญญาประกันจะให้สิทธิสถาบันที่จะปฏิเสธการจ่ายค่าสินไหมทดแทนใด ๆ ซึ่งได้ยื่นขอรับค่าสินไหมทดแทนมากกว่า 3 ปี หลังจากเหตุการณ์ที่คุ้มครองหรือหลังจากช่วงเวลาอื่นตามที่สัญญาประกันอาจกำหนด นักลงทุนจะบอกกล่าวสถาบันในเหตุการณ์ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายที่ได้รับการคุ้มครองตามที่กำหนดไว้¹⁸

17. Operational Regulations, para. 4.03 – 4.04.

18. Operational Regulations, para. 4.05.

4.3.2.4 การวินิจฉัยและการระงับการจ่ายค่าสินไหมทดแทนของสถาบัน

สถาบันจะวินิจฉัยอย่างฉับไวในฐานะที่ต้องรับผิดชอบในการจ่ายค่าสินไหมทดแทนภายในเวลาที่จำกัดที่กำหนด ภายหลังจากที่พยานหลักฐานทั้งหมดของข้อเรียกร้องซึ่งสถาบันต้องการไต่สวนโดยผู้เอาประกัน สัญญาประกันจะระบุระยะเวลาสำหรับวินิจฉัย ซึ่งโดยปกติจะไม่น้อยกว่า 60 วัน แต่ไม่เกิน 365 วัน สำหรับสัญญาที่คุ้มครองความเสี่ยงจากการเวนคืนและการผิดสัญญา¹⁹

การวินิจฉัยจ่ายค่าสินไหมทดแทนจะทำโดยประธานสถาบัน โดยคำแนะนำของคณะกรรมการค่าสินไหมทดแทน ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยประธานสถาบัน โดยมีหัวหน้าเจ้าหน้าที่กฎหมายของสถาบันเป็นประธานคณะกรรมการ การตัดสินใจของประธานอาจเป็น

- ก) จ่ายค่าสินไหมทดแทนตามที่ได้ยื่นมา
- ข) ปฏิเสธข้อเรียกร้อง
- ค) มีอำนาจในการเจรจาบังคับกับผู้เอาประกัน หรือ
- ง) ดำเนินการต่อไป

4.3.2.5 การติดตามการเยียวยาโดยผู้เอาประกัน

สัญญาประกันอาจกำหนดให้ผู้เอาประกันทำตามคำแนะนำของสถาบันในการดำเนินการเยียวยาในกรณีของเหตุการณ์ที่ใกล้จะมาถึงที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายที่ได้รับการคุ้มครอง พยายามหาการเยียวยาทางการบริหารทางศาลหรือทางอื่น ๆ เท่าที่จะหาได้ ภายใต้กฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุนเพื่อจะหลีกเลี่ยงหรือลดความเสียหาย²⁰ และในกรณีของการเกิดขึ้นของเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่ได้รับการคุ้มครอง ก็ได้พยายามหาการเยียวยาเท่าที่หาได้ในเจตนาที่จะลดจำนวนความเสียหาย และ/หรือการรักษาสิทธิหรือข้อเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองที่รับประกันที่ผู้เอาประกันมีต่อประเทศผู้รับการลงทุนและผู้อื่น²¹

ค่าสินไหมทดแทนอาจจ่ายขณะที่การปฏิบัติการเยียวยายังค้างอยู่แต่สถาบันอาจจ่ายล่าช้าหรือปฏิเสธการจ่าย ถ้าผู้เอาประกันไม่ริเริ่มอย่างทันทีและดำเนินอย่างแข็งขันในการปฏิบัติตามที่สถาบันได้แนะนำ

19. ส่วนสัญญาที่คุ้มครองความเสี่ยงจากการโอนเงินและความเสี่ยงจากสงครามและความไม่สงบภายในจะใช้เวลาไม่น้อยกว่า 30 วัน แต่ไม่เกิน 90 วัน

20. Operational Regulations, para. 2.14 (v).

21. Operational Regulations, para. 2.14 (vi).

ขณะที่สิทธิหรือข้อเรียกร้องของผู้เอาประกันถูกอ้างถึงการรับช่วงสิทธิหรือการโอนสิทธิ ขึ้นอยู่กับข้อตกลงที่กำหนดสำหรับการอนุญาตตุลาการ อาจจะใช้ไม่ได้กับสถาบันการบอกกล่าวผู้เอาประกันถึงการตัดสินใจจ่ายค่าสินไหมทดแทน สถาบันอาจกำหนดให้ผู้เอาประกันติดตามสิทธิหรือข้อเรียกร้องเหล่านี้ในศาลและเตรียมการกับผู้เอาประกันให้เรียบร้อยในฐานะที่อาจเป็นประโยชน์ ในจุดประสงค์นี้ สถาบันอาจจ่ายเงินล่วงหน้าให้ผู้เอาประกันขณะที่การปฏิบัติตามอนุญาตตุลาการก็ยังคงดำเนินการอยู่ ขึ้นอยู่กับสิทธิของสถาบันที่จะขอใช้เงินคืนภายใต้เงื่อนไขตามที่อาจตกลงกันระหว่างผู้เอาประกันและสถาบัน สถาบันอาจขอใช้เงินคืนให้กับผู้เอาประกันทั้งหมดหรือบางส่วนของค่าใช้จ่ายที่เขาได้จ่ายไปในการดำเนินการเยียวยาตามที่อ้างถึงข้างต้น

หน้าที่ของผู้เอาประกันในการติดตามดำเนินการเยียวยาแก้ไข²²

สถาบันมีสิทธิตามสัญญาที่จะเลื่อนหรือปฏิเสธการจ่ายค่าสินไหมทดแทนถ้าผู้ถือประกันไม่เริ่มต้นและติดตามอย่างแข็งขันในการเยียวยาเท่าที่จะหาได้ในประเทศผู้รับการลงทุน ดังนั้นผู้เอาประกันจึงต้องแสวงหาการเยียวยาทางการปกครอง²³ ทางศาล หรือทางอื่นเท่าที่จะหาได้ ภายใต้กฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุนเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายหรือลดความเสียหายลงให้น้อยที่สุด ในกรณีของเหตุการณ์ที่ใกล้จะมาถึงที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายผู้เอาประกันก็ต้องแสวงหาการเยียวยาด้วยเหมือนกัน เพื่อลดปริมาณความสูญเสียและรักษาสหสิทธิหรือข้อเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนที่รับประกัน ซึ่งผู้เอาประกันมีต่อประเทศผู้รับการลงทุนและคู่สัญญาอื่น ในกรณีที่เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายได้

22. See, Marian Nash Leich and Mary W. Ennis, "Expropriation Claims (U.S. Digest, Ch.9) Exhaustion of Local Remedies and External Measures", American Journal of International Law, October, 1990, pp.887-890.

23. See, Matias F. Travieso – Diaz, "Some Legal and Practical Issues in the Resolution of Cuban Nationals' Expropriation Claims Against Cuba", University of Pennsylvania Journal of International Business Law, Summer 1995, pp.1-11.

สถาบันมีดุลพินิจที่จะจ่ายค่าสินไหมทดแทนในขณะที่การดำเนินการให้ได้รับการเยียวยาก็ยังคงดำเนินอยู่ในประเทศผู้รับการลงทุน สถาบันมีดุลพินิจที่จะจ่ายชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้เอาประกันไปก่อนเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายบางส่วนหรือทั้งหมดที่เกิดขึ้น ซึ่งดุลพินิจของสถาบันที่จะจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายบางส่วนหรือทั้งหมดนั้น ได้รับการวิจารณ์ว่าการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายบางส่วนหรือทั้งหมดนั้น ไม่ควรอยู่ในดุลพินิจของสถาบัน ควรจะเป็นสิทธิของผู้เอาประกันมากกว่า โดยเฉพาะผู้เอาประกันที่ทำตามหน้าที่ตามสัญญาอย่างเต็มที่ที่ได้เริ่มกระบวนการเยียวยา²⁴

ในกรณีที่ผู้เอาประกันอยู่ภายใต้หน้าที่ตามสัญญาที่จะโอนสิทธิ และข้อเรียกร้องของเขาต่อสถาบันที่เกี่ยวกับการลงทุนที่รับประกัน ซึ่งอาจจะมีต่อประเทศผู้รับการลงทุน หรือคู่สัญญาอื่น ผู้เอาประกันเพียงถูกบังคับให้ติดตามสิทธิหรือข้อเรียกร้องในศาลอนุญาโตตุลาการ ถ้าศาลไม่สามารถช่วยได้ในกรณีนี้ สถาบันจะต้องบอกกล่าวผู้เอาประกันในการวินิจฉัยที่จะจ่ายค่าสินไหมทดแทน และเตรียมการในสิ่งที่จำเป็นสำหรับจุดมุ่งหมายนี้ ซึ่งในขณะที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการยังคงดำเนินการอยู่ สถาบันจะต้องจ่ายล่วงหน้าให้กับผู้เอาประกัน ขึ้นอยู่กับการชดเชยเงินที่ออกไปก่อนที่อาจตกลงกัน²⁵

4.4 จำนวนของค่าสินไหมทดแทน²⁶

สัญญาประกันภัยจะกำหนดหรืออ้างถึงกฎและหลักการต่าง ๆ ประกอบด้วยหลักการทางบัญชีที่เหมาะสม สำหรับการคำนวณจำนวนของค่าสินไหมทดแทน จำนวนค่าสินไหมทดแทนจะอยู่ไม่เกินจำนวนการประกันที่อ้างถึง หรือจะไม่เกินร้อยละที่คุ้มครองตามที่นิยามดังต่อไปนี้

- 1) สำหรับผลประโยชน์ที่อยู่ในรูปหลักทรัพย์หรือตัวเงิน นอกเหนือจากเงินกู้และการค้ำประกันเงินกู้ : มูลค่าของการลงทุนที่ได้รับการประกันทันทีก่อนเสียหาย
- 2) สำหรับการลงทุนทางตรงที่ไม่อยู่ในรูปหลักทรัพย์หรือตัวเงิน นอกเหนือจากเงินกู้และการค้ำประกันเงินกู้

24. Ghassan Ossman, *supra* note 16, p.384.

25. Ghassan Ossman, *supra* note 16, p.384.

26. See, Peter Charles Choharis, "U.S.Courts and The International Law of Expropriation : Toward a New Model for Breach of Contract", Southern California Law Reviews, November, 2006, pp.1-87.

รายได้ค่าธรรมเนียมคงที่และไม่ได้รับ ณ เวลาที่รับข้อเรียกร้องโดยสถาบันและมูลค่าที่ปรับปรุงของสิทธิที่ยังคงเหลืออยู่ของผู้เอาประกันในส่วแบ่งผลผลิต รายได้หรือกำไรของโครงการลงทุน ขณะประเมินทันทีก่อนเหตุการณ์ที่คุ้มครองหักด้วยค่าใช้จ่ายในอนาคตใด ๆ ตามที่ผลของความเสียหายที่คุ้มครอง

3) สำหรับเงินกู้และการค้ำประกัน :

จำนวนของเงินต้นและดอกเบี้ยที่ยังไม่ได้รับชำระ ณ เวลาของการจ่ายค่าสินไหมทดแทน

สำหรับจุดประสงค์ของข้อ 1) มูลค่าของการลงทุนที่รับประกันจะเป็นมูลค่าตามบัญชีสุทธิ (net book value) หรือมูลค่าตามราคาตลาดที่ยุติธรรม (fair market value) ของการลงทุนที่รับประกันหรือเป็นมูลค่าที่ได้ปรับปรุงแล้วตามสัญญาประกันที่จะกำหนดในแต่ละกรณี มูลค่าที่ปรับปรุงแล้วตามสัญญาประกันที่จะกำหนดในแต่ละกรณี มูลค่าที่ปรับปรุงแล้วของสิทธิที่ยังคงเหลืออยู่ของผู้เอาประกันที่อ้างถึงในข้อ 2) จะได้รับการวินิจฉัยให้สอดคล้องกับกฎที่กำหนดในสัญญาประกัน

ในทุกกรณีมูลค่าที่เกี่ยวข้องจะได้รับการวินิจฉัย ณ เวลาก่อนการเกิดความเสียหาย²⁷

ในกรณีที่ผู้เอาประกันตกลงที่จะลงทุนใหม่ (reinvest) ในโครงการลงทุน ค่าสินไหมทดแทนใด ๆ โดยสถาบันสำหรับความเสียหายในสินทรัพย์ที่มีตัวตน สัญญาประกันอาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนบนหลักเกณฑ์มูลค่าที่แทนที่ (replacement value) สัญญาประกันอาจกำหนดด้วยสำหรับค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการขัดขวางในการดำเนินงานของโครงการลงทุน แต่ไม่มีกรณีใดที่ค่าสินไหมทดแทนจะเกินเพดานตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น²⁸

4.4.1 การคำนวณค่าสินไหมทดแทน²⁹

กฎเกณฑ์และหลักการของการคำนวณจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ประกอบด้วยหลักการทางบัญชีที่เหมาะสมจะต้องแจ้งไว้ในสัญญาประกันภัยสำหรับความเสียหายที่ได้รับการคุ้มครองพร้อมกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการขัดจังหวะการดำเนินงานของโครงการลงทุน จำนวนของค่าสินไหมทดแทนจะขึ้นอยู่กับแบบของโครงการลงทุนและไม่ว่ากรณีใด ๆ จะต้องไม่เกินจำนวนเงินที่เอาประกันและไม่เกินจำนวนดังต่อไปนี้

27. Operational Regulations, para 4.11.

28. Operational Regulations, para 4.12.

29. See, Peter Charles Choharis, *supra* note 26, p.36.

ในส่วนของการลงทุนโดยใช้เงินลงทุนของเจ้าของเอง (equity interest investment) จำนวนค่าสินไหมทดแทนจะต้องคำนวณบนหลักการมูลค่าทางบัญชีสุทธิ (net book value) ของโครงการลงทุนที่ได้รับการประกันหรือไม่ก็ตามมูลค่าที่ปรับปรุงแล้ว ก่อนที่ความสูญเสียจะเกิดขึ้นตามที่สัญญาประกันอาจกำหนดในแต่ละกรณี จากนั้น หักด้วยจำนวนของส่วนที่ไม่ได้รับการคุ้มครอง³⁰ มูลค่าตามราคาตลาด (fair market value) เป็นหลักการที่เป็นที่ยอมรับกันเป็นการทั่วไปสำหรับการคำนวณค่าสินไหมทดแทนภายใต้กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ³¹ อย่างไรก็ตาม การคำนวณค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวข้างต้น ไม่เป็นที่น่าสนใจของผู้ลงทุนที่จะได้รับการชดเชยบนหลักการของมูลค่าทางบัญชีสุทธิ (net book value) แม้ว่ามูลค่าดังกล่าวจะได้รับการปรับปรุงแล้ว มูลค่าทางบัญชีสุทธิได้แสดงราคาซื้อตั้งแต่เริ่มแรก หักด้วยค่าเสื่อมราคา ซึ่งทำให้นักลงทุนที่ได้รับค่าสินไหมทดแทนไม่สามารถที่จะไปลงทุนใหม่ได้โดยปราศจากความสูญเสียที่เคยได้รับ ดังนั้น สถาบันจึงไม่ควรกำหนดการจ่ายค่าสินไหมทดแทนด้วยหลักเกณฑ์นี้³²

ส่วนการลงทุนทางตรงแบบ non – equity การคำนวณค่าสินไหมทดแทนบนหลักการของรายได้ค่าธรรมเนียมคงที่ แต่ยังไม่ได้รับ ณ เวลาที่สถาบันระงับสิทธิเรียกร้องและมูลค่าที่ปรับปรุงแล้วของสิทธิที่ยังมีอยู่ของผู้เอาประกันในส่วนแบ่งของผลผลิต รายได้หรือกำไรของโครงการลงทุน ขณะได้รับการประเมินก่อนเกิดความเสียหายหักด้วยค่าใช้จ่ายในอนาคตที่จะใช้บรรเทาความเสียหายและหักด้วยจำนวนในส่วนที่ไม่ได้รับการคุ้มครอง

ในส่วนของเงินกู้และการค้ำประกันเงินกู้ จำนวนค่าสินไหมทดแทน คือ จำนวนเงินต้นและดอกเบี้ยที่ยังไม่ได้รับ ณ เวลาที่จ่ายค่าสินไหมทดแทน หักด้วย จำนวนในส่วนที่ไม่ได้รับการคุ้มครอง

สัญญาประกันอาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายของทรัพย์สินที่มีตัวตนบนหลักการของมูลค่าทดแทนกัน (replacement value) ถ้าเพียงแต่ผู้เอาประกันตกลงที่จะลงทุนใหม่ ซึ่งหมายความว่า ถ้านักลงทุนไม่ต้องการลงทุนใหม่ในโครงการลงทุนเดิมในประเทศ ผู้รับการลงทุน ผู้ลงทุนนั้น จะไม่มีสิทธิที่จะได้รับเงินชดเชยบนหลักการของมูลค่าที่ทดแทนกัน ในกรณีนี้ สถาบันมีดุลพินิจที่จะจ่ายค่าสินไหมทดแทนบนหลักการของมูลค่าของบัญชีสุทธิ

30. Operation Regulations, para. 4.11 (i).

31. Guidelines on The Treatment of Foreign Direct Investment, Chapter IV, Section 4.

32. Ghassan Ossman, *supra* note 16, p.383.

(net book value) หรือมูลค่าตามราคาตลาด (fair market value) หรือบนหลักการทั้งสองที่ได้ปรับปรุงแล้ว³³

สิ่งหนึ่งที่สามารถสรุปได้ว่ามูลค่าทดแทนกันเป็นหลักการที่ยุติธรรมสำหรับการจ่ายค่าสินไหมทดแทน คือการกำหนดว่าผู้ลงทุนไม่ควรที่จะถูกบังคับให้ลงทุนใหม่ในโครงการลงทุนเดิมในประเทศผู้รับการลงทุน โดยเฉพาะถ้าประเทศนั้นได้อนุญาตการลงทุนไปเป็นของรัฐหรือผิดสัญญาการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับโครงการการลงทุนนั้น ดังนั้น ผู้ลงทุนควรมีสติที่ได้รับการคำนวณค่าสินไหมทดแทนบนหลักการมูลค่าทดแทนกันโดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้ลงทุนนั้นตกลงที่จะลงทุนใหม่หรือไม่ก็ตาม³⁴

เป็นที่ชัดเจนว่า ถ้าจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ได้คำนวณบนหลักการข้างต้นไม่ว่าจะเป็นหลักการตามมูลค่าทางบัญชีสุทธิ หรือหลักการตามมูลค่าราคาตลาด หรือ หลักการทั้งสองที่ได้ปรับปรุงแล้วได้น้อยกว่าจำนวนเอาประกัน ผู้เอาประกันจะได้รับเงินในจำนวนที่น้อยกว่านั้น ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของสถาบันในการได้รับหลักฐานการเรียกร้องสิทธิโดยผ่านการปรึกษาหารือกับประเทศผู้รับการลงทุนหรือโดยวิธีอื่น

ในกรณีที่มีความเห็นแตกต่างกันระหว่างผู้เอาประกันและสถาบันเกี่ยวกับมูลค่าของทรัพย์สิน ผู้เอาประกันและสถาบันอาจตกลงกันไว้ว่าจะในวิธีการประเมินราคาที่ยุติธรรม แม้ว่าในข้อบังคับการปฏิบัติงานจะไม่ได้ระบุให้ใช้วิธีการประเมินราคาเป็นวิธีสุดท้ายก็ตาม³⁵ เพราะว่าผู้เอาประกันมีสิทธิที่จะยื่นข้อขัดแย้งใด ๆ ที่เกิดขึ้นภายใต้สัญญาประกันหรือการประกันต่อให้กับอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้วินิจฉัยเป็นขั้นตอนสุดท้ายตามที่อนุสัญญา MIGA ได้กำหนดเรื่องข้อพิพาทที่เกี่ยวกับผู้ถือประกันหรือประกันต่อไว้ว่า ข้อพิพาทใด ๆ ที่เกิดขึ้นตามสัญญาประกันหรือประกันต่อ ระหว่างคู่สัญญาให้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อคำตัดสินชี้ขาดที่เป็นที่สุดตามกฎหมายที่ระบุไว้หรืออ้างถึงในสัญญาประกันหรือประกันต่อ³⁶

33. Operation Regulations, para. 4.12.

34. Ghassan Ossman, *supra* note 16, p.383.

35. Operation Regulations, para . 4.13.

36. Convention, Article 58.

หลักฐานที่ได้รับจากสิทธิเรียกร้องโดยวิธีอื่น ทำให้เกิดคำถามถึงการตีความในฐานะที่เป็นวิธีการซึ่งสถาบันอาจใช้เพื่อจุดประสงค์นี้ วิธีการนั้นไม่ได้นิยามไว้ในอนุสัญญาและในข้อบังคับการปฏิบัติงาน ข้อ 4.13 ซึ่งก็ไม่ได้บอกเป็นนัย ๆ ว่าสถาบันมีสิทธิที่ใช้หน่วยงานเอกชนต่างชาติ หรือดำเนินการสืบสวนโดยปราศจากความยินยอมของประเทศผู้รับการลงทุน ในกรณีที่เงื่อนไขในประเทศผู้รับการลงทุนขัดขวางสถาบันในการสืบสวนให้ทราบข้อเท็จจริงภายในระยะเวลาที่เหมาะสม ข้อเท็จจริงทั้งหมดจำเป็นต้องได้รับการวินิจฉัยถึงจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ถูกต้องแน่นอน สถาบันมีสิทธิที่จะคำนวณค่าสินไหมทดแทนนั้น บนพื้นฐานของข้อมูลเท่าที่หามาได้ แต่ทันทีที่ได้รับข้อเท็จจริง สถาบันก็มีดุลพินิจที่จะทบทวนการคำนวณใหม่และเอากลับมาแก้ไขหรือจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพิ่มให้แก่ผู้เอาประกัน

อย่างไรก็ตาม ในกรณีของการค้นพบหลักฐานใหม่ ซึ่งทำให้พบความผิดพลาดในการวินิจฉัยการจ่ายค่าสินไหมทดแทน สถาบันจะต้องแก้ไขการจ่ายค่าสินไหมทดแทนที่ผิดพลาดนั้นภายใน 5 ปี นับจากวันที่จ่ายค่าสินไหมทดแทน ซึ่งสิทธิของสถาบันในการแก้ไขการจ่ายค่าสินไหมทดแทนใหม่นี้ ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวาง เนื่องจากผู้เอาประกันไม่มีสิทธิที่จะแก้ไขใหม่ได้ภายใต้สถานการณ์ที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งเป็นการไม่ยุติธรรมอย่างเห็นได้ชัดที่กำหนดให้สถาบันมีสิทธิฝ่ายเดียวและตัดสิทธิผู้เอาประกันโดยปริยาย ดังนั้น ผู้เอาประกันควรที่จะได้รับสิทธินี้ด้วย³⁷

ส่วนเรื่องของวันจ่ายค่าสินไหมทดแทน ก็ได้มีคำถามเกิดขึ้นว่าในช่วงระยะเวลา 5 ปี ควรเริ่มนับเมื่อใดในกรณีที่สถาบันมีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนมากกว่า 1 ครั้ง ซึ่งทั้งในอนุสัญญาและในข้อบังคับการปฏิบัติงาน ต่างก็ไม่กล่าวถึงในกรณีนี้ แต่ไม่ว่าอนุสัญญาและข้อบังคับการปฏิบัติงานจะระบุหรือไม่ก็ตาม สถาบันก็มีสิทธิที่จะจ่ายค่าสินไหมทดแทนเป็นงวด ๆ ซึ่งหากสถาบันจ่ายค่าสินไหมทดแทนเป็นงวด ๆ สิ่งที่สามารถพิจารณาได้ก็คือ ช่วงระยะเวลา 5 ปี ควรจะเริ่มนับจากวันที่จ่ายค่าสินไหมทดแทนงวดสุดท้าย³⁸

4.4.2 การทบทวนการจ่ายค่าสินไหมทดแทน

สถาบันจะรับฟังพยานหลักฐานในข้อเรียกร้องโดยการปรึกษาหารือกับรัฐบาลผู้รับการลงทุนหรือโดยวิธีการอื่น ถ้าสถาบันและผู้เอาประกันไม่เห็นพ้องต้องกันในมูลค่าของทรัพย์สินหรือทรัพย์สินต่าง ๆ ทั้งสถาบันและผู้เอาประกันอาจตกลงไว้ว่าจะให้ผู้ประเมินราคาที่ยุติธรรม

37. Ghassan Ossman, *supra* note 16, p.383.

38. Ghassan Ossman, *supra* note 16, pp.383 – 384.

ถ้าสถาบันตัดสินใจว่าจะจ่ายค่าสินไหมทดแทน แต่เงื่อนไขในประเทศผู้รับการลงทุน ป้องกันสถาบันจากสลิปให้รู้แนภายในช่วงเวลาที่พอสมควร ข้อเท็จจริงทั้งหมดจำเป็นที่จะต้องอย่าง ถูกต้องแน่นอน สถาบันอาจจะคำนวณจำนวนค่าสินไหมทดแทนบนหลักเกณฑ์ของข้อมูลที่ได้ ในกรณีนี้ สถาบันอาจพบทวนการคำนวณและเรียกร้องสิทธิใหม่หรือเพิ่มการจ่ายตามข้อมูลที่ได้รับ ในภายหลัง สัญญาประกันอาจให้สิทธิสถาบัน ในกรณีพยานหลักฐานใหม่ที่ถูกระบุขึ้น ซึ่งแสดงว่า มีข้อผิดพลาดในการตัดสินใจจ่าย การเรียกร้องสิทธิใหม่ถึงขอบเขตของความผิดพลาดภายใน ระยะที่ระบุไม่เกิน 5 ปี จากวันที่จ่ายค่าสินไหมทดแทน³⁹

4.5 การจ่ายค่าสินไหมทดแทนของ MIGA⁴⁰

ตั้งแต่มีการก่อตั้ง MIGA มาเป็นเวลา 13 ปี MIGA ได้จ่ายค่าสินไหมทดแทนเป็นครั้งแรกในปี 2543 จากกรณีที่ประเทศอินโดนีเซียได้รับการลงทุนในโครงการพลังงานในชาว ตะวันออกที่บริษัท Enron corporation ได้ลงทุน ซึ่ง MIGA ได้จ่ายค่าสินไหมทดแทนภายใต้ความ คำนึงความเสี่ยงจากการถูกโอนกิจการที่ MIGA ประกันการลงทุน บริษัท Enron corporation ในปี 2540

MIGA ได้ดำเนินการหารือบริษัท Enron และรัฐบาลอินโดนีเซีย เป็นเวลานานกว่า 1 ปี เพื่อหาข้อสรุปที่ยอมรับได้ร่วมกัน เมื่อสัญญาประกันภัยได้สิ้นสุดลง MIGA ก็มีพันธะหน้าที่ที่จะต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทน การเจรจาได้ดำเนินการมาเป็นระยะเวลาหนึ่ง กระนั้นคู่กรณีทั้งคู่ก็ได้พยายามมองหาการปรับโครงสร้างความสัมพันธ์อยู่บ้างในการจะอนุญาตให้ถอนการเรียกร้อง ค่าสินไหมทดแทน แต่กับสถานการณ์ที่เศรษฐกิจของอินโดนีเซียเริ่มถดถอยลงและการคาดการณ์

39. Operational Regulations, para. 4.13 – 4.14.

40. See, John Bray, "MIGA's Experience in conflict Affected Countries The case of Bosnia and Herzegovina", Social Development Papers, Conflict Prevention & Reconstruction, Paper No.13/ June 2004, p.25.

ว่าจะต้องใช้เงินจำนวนมากในการลงทุนโครงสร้างพื้นฐานใหม่ ทำให้ทุกสิ่งทุกอย่างขึ้น การเจรจา
ปรองดองสิ้นสุดลงในกลางปี 2543 ด้วยความเห็นพ้องต้องกันในพันธะหน้าที่ตามสัญญา MIGA
ได้จ่ายเงิน 15 ล้านดอลลาร์สหรัฐ⁴¹

สำหรับค่าเสียหายที่บริษัทได้รับจากโครงการและการเจรจาข้อตกลงระดับข้อพิพาท
กับอินโดนีเซีย โดยจะได้รับการช่วยเหลือเป็นเวลา 3 ปี การจ่ายค่าสินไหมทดแทนภายใต้ข้อตกลง
นี้ ได้เริ่มต้นขึ้นแล้วและแม้ว่า MIGA ได้จ่ายเงิน 15 ล้านดอลลาร์สหรัฐ (USD เป็นค่าสินไหม
ทดแทนพร้อมด้วยดอกเบี้ยจำนวน 220,000 เหรียญสหรัฐ MIGA) ได้รับเงิน 10.5 ล้านดอลลาร์
สหรัฐ จากผู้รับประกันภัยต่อและเงินจำนวน 880,000 เหรียญสหรัฐจากรัฐบาลอินโดนีเซีย แต่
MIGA กำลังต้องการให้รัฐบาลอินโดนีเซียจ่ายเงินอย่างน้อย 15 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เพื่อเป็นการ
ปรับ⁴²

MIGA มีการจ่ายเงินเพียง 1 ครั้งในประวัติการจ่ายค่าสินไหมทดแทนในปี 1998 สิ่งนี้
เกี่ยวข้องกับการลงทุนโดยบริษัท Enron ของสหรัฐ ในโครงการพลังงานในชาวตะวันออก ประเทศ
อินโดนีเซีย หน่วยงานผู้มีความชำนาญของอินโดนีเซียอนุมัติเริ่มแรกโครงการบนพื้นฐานของการแนะนำ
การวางแผนความต้องการที่เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วสำหรับพลังงาน และ MIGA ประกันโครงการต่อ
การเวนคืนกิจการ อย่างไรก็ตามการวางแผนความต้องการกลายเป็นสิ่งที่ไกลเกินไปเมื่อเกิดวิกฤติ
เศรษฐกิจของประเทศในปลายทศวรรษ 1990 หลังจากหน่วยงานผู้มีความชำนาญของอินโดนีเซียระงับ
โครงการชั่วคราว MIGA ก็ได้ติดตามการเจรจาระหว่างเอ็นรอน และรัฐบาล โดยมีความหวังของ
การค้นหานทางที่จะแก้ไขข้อขัดแย้งร่วมกัน การเจรจาโดยมี MIGA เป็นสื่อกลางได้สิ้นสุดลงใน
กลางทศวรรษ 2000 และ MIGA จ่ายบริษัท Enron 15 ล้านดอลลาร์สหรัฐสำหรับความสูญเสียที่
บริษัท Enron ได้รับ รัฐบาลอินโดนีเซียตกลงในภายหลังที่จะชดใช้ MIGA เกินกว่าระยะเวลา 3 ปี
ต่อมา MIGA ก็ได้รับประกันโครงการการลงทุนอื่น ๆ ในอินโดนีเซียอีก โดยการรับประกันของ
MIGA ในครั้งนี้ประกอบด้วยการคุ้มครองสำหรับการเวนคืนกิจการและสงครามและความไม่สงบ
ภายในสำหรับผู้ประกอบการจำหน่ายรถยนต์ดีเซลในจาการ์ตา

ความสามารถในการจ่ายเงินค่าสินไหมทดแทนของ MIGA หมายถึงว่า MIGA มีฐานะ
ทางการเงินที่มั่นคง โดยในปีงบประมาณ 2003 MIGA ได้รับเงิน 39.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐเป็น

41. 2001 MIGA Annual Report.

42. แหล่งที่มา [http : // dte.gn.apc.org/Af16.htm](http://dte.gn.apc.org/Af16.htm)

ค่าเบี้ยประกันและค่าธรรมเนียมและได้รับเงินอีก 25.3 ล้านดอลลาร์สหรัฐเป็นรายได้จากการลงทุน

ประสบการณ์จ่ายค่าสินไหมทดแทนของ MIGA

การจ่ายค่าสินไหมทดแทนครั้งแรกนับตั้งแต่ก่อตั้ง MIGA นั้น เมื่อ MIGA ได้รับแจ้งการขอรับเงินในเดือนมีนาคม 1999 เมื่อโครงการพลังงานในประเทศอินโดนีเซียได้เลื่อนออกไป MIGA ได้ดำเนินการพิจารณาในเรื่องนี้ร่วมกับนักลงทุนและรัฐบาลประเทศผู้รับการลงทุน เพื่อหาหนทางแก้ปัญหาที่เป็นที่ยอมรับร่วมกันเป็นเวลามากกว่า 1 ปี ในช่วงระยะเวลาดังกล่าว รัฐบาลประเทศผู้รับการลงทุนได้คืนเงินค่าใช้จ่ายให้กับ MIGA ในเดือนมิถุนายน 2000 MIGA ได้จ่ายเงินค่าสินไหมทดแทนจำนวน 15 ล้านดอลลาร์สหรัฐ⁴³ ให้กับผู้อุปประกันคือบริษัท Enron Corporation โดยที่ MIGA ได้รับประกันความเสี่ยงจากการถูกเวนคืนกิจการให้กับบริษัท Enron ในโครงการลงทุนด้านพลังงานในชาวตะวันออก เมื่อปี 1997

ในเวลานั้นประเทศอินโดนีเซียประสบกับภาวะวิกฤติทางเศรษฐกิจ ทำให้สถานการณ์ทางการเงินของอินโดนีเซียเริ่มเข้าสู่ภาวะถดถอยและมีการคาดการณ์กันว่าจะต้องใช้เงินเป็นจำนวนมากในโครงการโครงสร้างพื้นฐานใหม่ ๆ ซึ่งอาจทำให้สถานการณ์เลวร้ายลงไปอีก โครงการพลังงานของ Enron จึงถูกผลกระทบจากวิกฤติเศรษฐกิจของอินโดนีเซียไปอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้⁴⁴

ในเดือนมิถุนายน 2003 MIGA ได้รับการชำระเงินงวดสุดท้ายจากประเทศอินโดนีเซียตามที่ MIGA ได้จ่ายค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้อุปประกันเมื่อ 3 ปีก่อน ทำให้ MIGA ได้รับเงินชดเชยครบจากรัฐบาลอินโดนีเซีย⁴⁵

MIGA มีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนอีก 2 ครั้งในปี 2005 โดยเป็นการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวน 144,600 ดอลลาร์สหรัฐในความเสี่ยงที่เกิดจากสงครามและความไม่สงบภายในของประเทศเนปาลเนื่องจากโรงงานไฟฟ้าพลังน้ำในเนปาลได้ถูกกองโจรที่นิยมลัทธิเหมาโจมตีในปี 2002 และ MIGA ได้จ่ายค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวน 1,395,778 ดอลลาร์สหรัฐ⁴⁶ ในความเสี่ยงที่เกิดจากการโอนเงินในประเทศอาร์เจนตินาให้กับบริษัท Mitsubishi International

43. 2000 MIGA Annual Report.

44. 2001 MIGA Annual Report.

45. 2003 MIGA Annual Report.

46. 2007 MIGA Annual Report.

Corporation⁴⁷ สืบเนื่องจากคำสั่งของธนาคารกลาง (Central Bank) ของอาร์เจนตินากำหนดให้ การโอนเงินทุกชนิดที่จะโอนออกนอกประเทศ ต้องอยู่ในอำนาจของธนาคารกลาง⁴⁸ โดย MIGA จ่ายค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวน 558,311 เหรียญสหรัฐไปก่อนในเบื้องต้น (ประมาณ 40%) เมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2005 ส่วนการจ่ายค่าสินไหมทดแทนที่ค้างอยู่จะเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้เอาประกัน ได้ปฏิบัติตามพันธหน้าที่ตามสัญญาภายในวันที่ 31 ธันวาคม 2006 ซึ่งเมื่อสิ้นสุดวันที่ 31 ธันวาคม 2006 ผู้เอาประกันไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขได้และในวันที่ 4 มกราคม 2007 ผู้เอาประกันได้ขอถอนการขอรับค่าสินไหมทดแทนที่เหลือออกไป^{49,50}

จากประสบการณ์การจ่ายเงินค่าสินไหมทดแทนของ MIGA จะพบว่าเป็นเวลา 20 ปี นับตั้งแต่ก่อตั้ง MIGA ในปี 1988 จนถึงปี 2005 MIGA มีประสบการณ์จ่ายเงินค่าสินไหมทดแทน เพียง 3 ครั้ง ในความเสี่ยงที่ได้รับการคุ้มครองที่แตกต่างกัน 3 แบบคือ

1. กรณีการจ่ายเงินค่าสินไหมทดแทนในความเสี่ยงอันเนื่องมาจากการถูกเวนคืนกิจการที่ประเทศอินโดนีเซียจำนวน 15 ล้านเหรียญสหรัฐ
2. กรณีการจ่ายเงินค่าสินไหมทดแทนในความเสี่ยงอันเนื่องมาจากสงครามและความไม่สงบภายในประเทศ ที่ประเทศเนปาลจำนวน 144,600 เหรียญสหรัฐ
3. กรณีการจ่ายเงินค่าสินไหมทดแทนในความเสี่ยงอันเนื่องมาจากการโอนเงินที่ประเทศอาร์เจนตินา จำนวน 558,311 เหรียญสหรัฐ

การให้บริการเป็นตัวกลาง (Mediation Services)

MIGA ใช้วิธี good offices ในการช่วยระงับข้อขัดแย้งระหว่างนักลงทุนและประเทศสมาชิก แม้สถาบันจะไม่ได้อยู่ในฐานะผู้รับประกันก็ตาม จุดประสงค์ของ MIGA ในเรื่องนี้ คือ ช่วยแก้ไขปัญหาที่ยังค้างคาอยู่ ที่อาจเป็นสิ่งที่ขัดขวางการลงทุนจากต่างประเทศ ด้วยประสบการณ์ที่กว้างขวาง MIGA ช่วยให้คู่กรณีบรรลุถึงการแก้ปัญหาในข้อขัดแย้งการลงทุนอย่างสร้างสรรค์ ดังนั้นเพื่อหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายและเวลาในการยื่นข้อพิพาทเสนอต่ออนุญาโตตุลาการอย่างเป็นทางการ

47. 2005 MIGA Annual Report.

48. 2003 MIGA Annual Report.

49. 2007 MIGA Annual Report.

50. 2008 MIGA Annual Report.

ทางการ การให้บริการเป็นตัวกลางซึ่งเป็นวิธีที่สมัครงและไม่เป็นทางการ จึงเป็นทางเลือกที่น่าสนใจสำหรับการแก้ปัญหาข้อพิพาททางการลงทุน⁵¹

นอกจากนี้ ในข้อขัดแย้งการลงทุน ซึ่ง MIGA ได้เข้าไปเกี่ยวข้องในฐานะเป็นผู้รับประกัน ตามข้อกำหนดในอนุสัญญา MIGA ใช้วิธี good offices ในการช่วยระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและประเทศสมาชิกที่อาจเป็นอันตรายต่อบรรยากาศการลงทุนในประเทศเหล่านั้น ทีมงานของ MIGA มีประสบการณ์ในการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนจากต่างประเทศ โดยการให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายและแนะแนวทางแก่นักลงทุนและประเทศสมาชิกในการแก้ปัญหาขัดแย้งที่เกี่ยวข้องกับผลการลงทุนก่อนที่จะทั้ง 2 ฝ่าย จะเสนอเรื่องต่ออนุญาโตตุลาการ⁵²

การเป็นตัวกลางของ MIGA จะช่วยลดช่องว่างของกฎหมายระหว่างประเทศช่วยเยียวยาในทันทีที่ทำได้ให้กับนักลงทุนต่างประเทศในข้อพิพาทกับประเทศผู้รับการลงทุน การใช้วิธีการทางทูตอาจไม่เหมาะสมในทางปฏิบัติ และการใช้วิธีอนุญาโตตุลาการ อาจมีค่าใช้จ่ายสูงเกินไป การเป็นตัวกลางอย่างสมัครง ไม่เป็นทางการและไม่แพง กำลังเป็นที่ยอมรับเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ในฐานะที่เป็นทางเลือกที่น่าสนใจสำหรับการแก้ปัญหาข้อพิพาทการลงทุน⁵³

ความพยายามในการแก้ไขปัญหาโดยการเข้าเป็นตัวกลาง (Mediation) ของ MIGA มักจะได้รับการตอบรับด้วยดีจากคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่าย โดยที่ทั้ง 2 ฝ่ายเองก็ไม่ต้องการให้เรื่องที่พิพาทจบลงที่การจ่ายค่าสินไหมทดแทน ซึ่งวัตถุประสงค์ของการระงับข้อขัดแย้ง มี 2 ข้อ⁵⁴

1. เพื่อให้แน่ใจว่าการลงทุนยังคงดำเนินไปในประเทศผู้รับการลงทุน สามารถที่จะเห็นผลที่เกิดได้อย่างแท้จริง
2. เพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบด้านลบในชื่อเสียงของประเทศผู้รับการลงทุน

51. 2005 MIGA Annual Report.

52. 2003 MIGA Annual Report.

53. 2004 MIGA Annual Report.

54. 2006 MIGA Annual Report.

4.6 กรณีศึกษา : ประเทศอินโดนีเซีย ⁵⁵

1. ข้อมูลเบื้องต้น

ชื่อโครงการ : Enron Java Power Corporation
(Project Name)

ผู้เอาประกัน : Enron Corporation
(Guarantee Holder)

ประเทศผู้ลงทุน : ประเทศสหรัฐอเมริกา
(Investor Country)

ประเทศผู้รับการลงทุน : ประเทศอินโดนีเซีย
(Host Country)

ภาคที่ลงทุน : พลังงาน
(Sector)

จำนวนเงินเอาประกัน : 15 ล้านดอลลาร์สหรัฐ
(Gross Exposure)

ปี : 1997 (พ.ศ. 2540)
(Year)

สถานะ : ไม่ดำเนินการแล้ว
(Status)

55. See, Peter Charles Choharis, *supra* note 26, pp.9 -11.

2. การรับประกันการลงทุนของ MIGA

MIGA ได้ออกสัญญาประกันให้กับบริษัท Enron Corporation แห่งสหรัฐอเมริกา ในการลงทุนก่อสร้างโรงงานผลิตกระแสไฟฟ้าโดยใช้แก๊สเป็นเชื้อเพลิง ขนาด 500 MW ใกล้กับเมือง สุราบายา ประเทศอินโดนีเซีย การรับประกันทาง MIGA คำนึงความเสี่ยงการถูกเวนคืนกิจการ ความเสี่ยงจากข้อจำกัดในการโอนเงิน และความเสี่ยงจากสงครามและความไม่สงบ ภายในประเทศ การรับประกันได้ออกภายใต้โครงการ the Cooperative Underwriting Program (CUP) และเงินของประกันจำนวน 15 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

บริษัท P.T. East Java Power Corporation ซึ่งเป็นวิสาหกิจโครงการจะดำเนินการ ปรับปรุงพลังงานไฟฟ้าในประเทศอินโดนีเซียให้สามารถมีไฟฟ้าใช้อย่างแพร่หลาย และไม่ติด ๆ ดับ ๆ ซึ่งโครงการนี้จะผลิตไฟฟ้า 3 – 5% ของการผลิตกระแสไฟฟ้าทั้งหมดของประเทศ ประเทศ อินโดนีเซียจะได้รับประโยชน์จากการใช้แก๊สธรรมชาติในท้องถิ่นมากกว่าการใช้น้ำมัน ซึ่ง อินโดนีเซียจะส่งออกน้ำมันเพื่อนำเงินรายได้เข้าประเทศ

โครงการนี้จะทำให้เกิดการจ้างงาน 800 ตำแหน่ง ตลอดระยะเวลาของการก่อสร้าง และมีตำแหน่งงานประจำ 45 ตำแหน่ง เมื่อโรงงานเริ่มดำเนินงาน นอกจากนี้ บริษัทผู้รับเหมาดูแล งานบำรุงรักษาและงานบริการอื่น ๆ จะมีการจ้างพนักงานอีก 90 ตำแหน่ง ลูกจ้างจะได้รับการ อบรมในงานด้านการจัดการ และงานด้านเทคนิค ซึ่งประกอบไปด้วย การฝึกอบรมในโรงงานไฟฟ้า การดำเนินการ และการบำรุงรักษา และเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการผลิตกระแสไฟฟ้าโดยใช้แก๊ส ชุมชนท้องถิ่น จะได้รับประโยชน์จากการติดตั้งสายส่งกระแสไฟฟ้า การตัดถนนสายใหม่ และการ ปรับปรุงถนนเดิมให้ดีขึ้น พร้อมด้วยการปรับปรุงระบบระบายน้ำและแสงสว่าง ธุรกิจท้องถิ่นก็ จะได้รับประโยชน์จากการขายสินค้าและบริการของท้องถิ่นด้วย

การรับประกันการลงทุนของ MIGA⁵⁶

MIGA ได้ออกสัญญาประกันในปี 2540 ให้กับบริษัท Enron Corporation แห่ง สหรัฐอเมริกา สำหรับการลงทุนในโครงการดังกล่าวการประกันของ MIGA คำนึงความเสี่ยง จากการเวนคืนกิจการ การมีข้อจำกัดในการโอนเงินและสงคราม และความไม่สงบภายใน การ ประกันได้ออกภายใต้ The Cooperative Underwriting Program (CUP) เป็นเงินจำนวน 15 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

56. แหล่งที่มา <http://www.miga.org/projects/index-SU.cfm?pid=161>

ความเป็นมาของบริษัท Enron Java Power Corp.

บริษัท Enron Java Power corporation เป็นบริษัทสาขาของ บริษัท Enron corporation แห่งสหรัฐอเมริกา บริษัท Enron Java Power Co. ได้ลงทุนในบริษัท P.T.East Java Power Corporation ลงทุนในอุตสาหกรรมพลังงาน สร้างโรงงานผลิตกระแสไฟฟ้าโดยใช้แก๊สเป็น เชื้อเพลิง ขนาด 500 เมกะวัตต์ ใกล้เมืองสุราบายา ชาวตะวันออก ประเทศอินโดนีเซีย

สาเหตุของการเวนคืนกิจการ

บริษัท P.T.East Java Power Corp ได้ลงนามในสัญญาซื้อขายพลังงานไฟฟ้ากับ บริษัทพลังงานอินโดนีเซีย (PLN) ราคาซื้อขายในสัญญาดังกล่าวเป็นที่สงสัยว่าราคาสูงเกินไป (overpricing) สัญญาได้ยอมให้บริษัทขายพลังงานให้แก่บริษัท PLN ในสกุลเงินเหรียญ สหรัฐอเมริกา (USD) ด้วย ในขณะที่ บริษัท PLN ขายในสกุลเงินรูเปียของอินโดนีเซีย ต่อมาบริษัท PLN ไม่สามารถรักษาสัญญาเนื่องจากราคาที่ปรับสูงขึ้นได้ นอกจากนั้น ผลกระทบของวิกฤติ เศรษฐกิจในปลายทศวรรษ 1990⁵⁷ ซึ่งทำให้เงินรูเปียของอินโดนีเซียลดค่าเงินอย่างมากเมื่อเทียบกับ เงินดอลลาร์สหรัฐ บริษัท PLN จึงระงับโครงการชั่วคราวโดยตกลงที่จะชะลอการพัฒนาโรงงาน พลังงานไฟฟ้าออกไปก่อน ซึ่งทำให้ บริษัท Enron ตัดสินใจฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทน เป็น จำนวน 15 ล้านเหรียญสหรัฐจาก MIGA

บทวิเคราะห์

จากการที่บริษัทพลังงานอินโดนีเซีย (PLN) ซึ่งเป็นของรัฐบาลอินโดนีเซีย ได้ลงนาม ในสัญญาซื้อพลังงานจาก P.T. East Java Power Corp ซึ่งต่อมาการซื้อพลังงานของ PLN ได้รับ ผลกระทบ เนื่องจากประเทศอินโดนีเซียประสบกับภาวะวิกฤติทางเศรษฐกิจในปี 1997 ทำให้ ค่าเงินรูเปียของอินโดนีเซียลดค่าลงเป็นอย่างมาก เมื่อเทียบกับค่าเงินดอลลาร์สหรัฐ

ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขวิกฤติเศรษฐกิจดังกล่าว รัฐบาลอินโดนีเซียจึงได้ออกคำสั่ง ประธานาธิบดีที่ 39/1997 (Presidential Decree 39/1997) โดยคำสั่งดังกล่าว ได้จัดประเภทของ โครงการลงทุนในประเทศออกเป็น 3 ประเภทได้แก่ โครงการประเภทที่ดำเนินการต่อได้ โครงการ ประเภทต้องทบทวนและโครงการประเภทที่ต้องเลื่อนออกไป⁵⁸

57. John Bray, *supra* note 40, p.25.

58. ข้อมูลจาก www.opic.gov กรณีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้กับ Mid American Energy Holdings Company

ซึ่งโครงการบริษัท PLN ทำสัญญาซื้อพลังงานไฟฟ้าจาก บริษัท P.T. East Java Power Corp จัดอยู่ในประเภทเลื่อนออกไป เป็นผลให้บริษัท P.T.East Java Power Corp ต้องชะลอการพัฒนาโรงงานพลังงานไฟฟ้าออกไปก่อน ซึ่งทำให้ บริษัท P.T.East Java Power Corp สูญเสียรายได้เป็นจำนวนมาก การกระทำของบริษัท PLN จึงเป็นการกระทำที่เข้าข่ายการเวนคืนกิจการ ตาม Article 11 (2) ของอนุสัญญา ซึ่งมีผลทำให้ผู้เอาประกันเสียสิทธิในการได้รับผลประโยชน์เป็นจำนวนมากจากโครงการลงทุน

ผู้เอาประกันคือ บริษัท P.T.East Java Power Corp จึงยื่นขอรับเงินค่าสินไหมทดแทนจาก MIGA และ MIGA ก็ได้จ่ายค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้เอาประกันเป็นจำนวนเงิน 15 ล้านดอลลาร์สหรัฐ